

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**THIAGO PRIESS VALIATI**

**O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA NOS  
SETORES DE INFRAESTRUTURA**

**A segurança como dever dos Poderes Públicos e como direito dos agentes econômicos**

**CURITIBA  
2016**

**THIAGO PRIESS VALIATI**

**O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA NOS  
SETORES DE INFRAESTRUTURA**

**A segurança como dever dos Poderes Públicos e como direito dos agentes econômicos**

Dissertação apresentada como requisito parcial  
para a obtenção do grau de Mestre em Direito no  
Programa de Pós-Graduação em Direito, Curso de  
Mestrado em Direito do Estado, Universidade  
Federal do Paraná.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Eneida Desiree Salgado  
Coorientador: Prof. Dr. Emerson Gabardo

CURITIBA  
2016

## **TERMO DE APROVAÇÃO**


**THIAGO PRIESS VALIATI**

### **O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA NOS SETORES DE INFRAESTRUTURA**

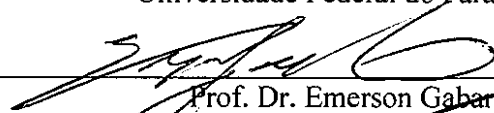
**A segurança como dever dos Poderes Públicos e como direito dos agentes econômicos**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau em Mestre em Direito do Estado no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

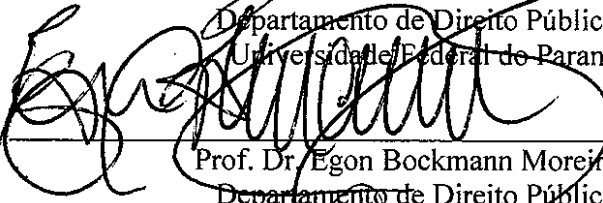
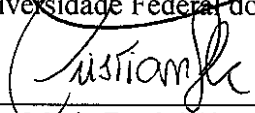
Orientador(a):

  
\_\_\_\_\_  
Prof.ª Dr.ª Eneida Desiree Salgado  
Departamento de Direito Público  
Universidade Federal do Paraná

Corientador(a):

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Emerson Gabardo  
Departamento de Direito Público  
Universidade Federal do Paraná

Membros:

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira  
Departamento de Direito Público  
Universidade Federal do Paraná  
\_\_\_\_\_  
Prof.ª Dr.ª Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
Universidade Federal de Minas Gerais

Curitiba, 16 de dezembro de 2016.

*Ao meu pai,  
meu grande herói,  
merecedor de tudo e mais um pouco.*

## AGRADECIMENTOS

A elaboração desta dissertação foi uma atividade árdua que sem o auxílio diário de diversas pessoas importantes em minha vida não teria sido possível. Foram vários os momentos críticos e difíceis pelo qual passei durante estes dois anos de mestrado. Algumas pessoas, em especial, contribuíram de forma significativa, seja com a grande amizade e companheirismo, seja pelas dicas essenciais para o desenvolvimento do trabalho. Espero nestas breves linhas conseguir agradecer todas estas pessoas sem ser injusto com ninguém.

Assim, primeiramente, faz-se necessário agradecer aos verdadeiros amigos, que sempre estiveram ao meu lado durante estes dois anos de mestrado.

Porém, antes de agradecer diretamente aos amigos, faz-se imperativo um agradecimento singular à *Sociedade Esportiva Palmeiras*, origem inegável, direta e inexorável de diversas e sinceras amizades em minha vida. Definitivamente, o futebol é algo fantástico. Nunca será só “um jogo” como insistem em dizer por aí. Futebol é amizade, é viver intensamente a vida, é fazer pulsar o coração. “Irmãos Tavares” (Eduardo e Leo), Mateus Jagnez, Guilherme Denczuk, Leandro Pereira da Costa, Leandro Cabral, Falk, estimados companheiros palestrinos. Todos os jogos que acompanhamos durante estes dois anos, nas arquibancadas do Palestra Itália, nos diversos bares de Curitiba, no sofá de casa, enfim, nos mais variados lugares (mas sempre em companhia dos nobres amigos), foram um combustível imprescindível para a finalização deste trabalho. A emoção de comemorar dois títulos nacionais ao lado de vocês foi uma das melhores coisas que aconteceu em minha vida. A vida sem futebol, sem Palmeiras e, especialmente, sem a companhia de grandes amigos não teria a mesma razão e emoção (“*oh meu Palmeiras minha vida, a razão do meu viver...*”).

O futebol também proporcionou amigos que vieram de outra paixão, o *Liverpool*. Além do Palmeiras, torcer pelo Liverpool com os amigos também foi uma motivação essencial ao longo destes anos de mestrado. “Tonho”, que praticamente tornou-se também um palmeirense devido à minha forte influência. Agradeço por todos os momentos em que eu estive estressado, desanimado e pra baixo. Obrigado pelo seu bom humor de sempre, meu amigo. Leonardo, que compartilha a paixão pelos dois clubes. Agradeço pela valiosa amizade que, apesar de ser recente, tenho certeza que será para a vida inteira. Sem dúvida, uma das grandes “aquisições” durante o turbulento período do mestrado. Agradeço também aos demais amigos que vieram desta paixão, “Kolo”, Henrique, George, Pedro e Delas. Obrigado pelos momentos descontraídos e pela parceria. Amigos, *you'll never walk alone*.

Aos meus amigos de infância de Santa Terezinha de Itaipu. Anderson Fontana, André Eyng, Gustavo Benedet e Juliano Redivo. Sempre companheiros. A vida nos colocou em caminho diferentes, mas a amizade sempre permanecerá. Para a vida inteira. Sou sempre grato pelo companheirismo em momentos importantes ao longo da redação desta dissertação, sejam delicados, sejam descontraídos. Anderson, em especial, por toda a preocupação constante, auxílio e companheirismo. Obrigado, meu amigo.

À Paula Bernardelli, pela amiga que virou durante o Mestrado e pela ajuda imprescindível para superar os momentos mais delicados que passei.

Ao sempre amigo Luan Birkhan, agradeço pela amizade honesta de longa data e pelo auxílio na finalização do trabalho. Sou grato pelos excelentes debates, revisões do texto e pela ajuda com as traduções desta dissertação.

Ao grande amigo e nobre companheiro que a Faculdade de Direito me proporcionou, Matheus Falk. Colega de Mestrado, palmeirense, amante de *rock'n'roll*, companheiro para a vida inteira. Agradeço a parceria insubstituível, as profícuas discussões diárias, às sugestões, indicações, enfim, a valiosíssima amizade, que se transformou, tão rapidamente, em um dos elementos que mais prezo em minha vida. Obrigado, meu estimado amigo.

Ao estimado amigo Rafael Furlanetto, companheiro de Lages. Apesar da distância, agradeço imensamente pela presença sempre constante – especialmente nos momentos mais críticos que passei ao longo do mestrado –, pela forte amizade, conversas via *facetime*, conselhos e sugestões. Também agradeço pelas indicações frequentes de filmes e novas bandas, essenciais em momentos de distração e descanso da mente, quase sempre tão ocupada e agitada. Meu grande amigo, te aguardo em breve em Curitiba.

Para além dos meus grandes amigos, outras pessoas foram essenciais e tiveram contribuição incontestável para a elaboração desta dissertação. Aos colegas de escritório e do dia-a-dia, Nathalia Barreto, Nahima Razuk, Thanyelle Galmacci e Marcus Bechara. À Nathalia, especialmente, pelas diversas discussões enriquecedoras sobre este trabalho – quase que diárias – e pelas inúmeras recomendações de séries para assistir entre a redação de uma página e outra desta pesquisa. Agradeço também os estagiários, Guilherme e Marina, por conseguirem suportar meus vários momentos de ansiedade com o mestrado.

Ao antigo colega de escritório e amigo, Igor Gomes Rocha. Agradeço as ideias, sugestões de livros e contribuição na escolha do tema desta dissertação – segurança jurídica e infraestrutura – que nasceu de um despretensioso almoço ainda em 2014. Sem as preciosas dicas, não tenho dúvidas de que este trabalho não existiria.

É essencial também agradecer aos meus mestres na Academia. Antes, contudo, faz-se necessário um agradecimento especial ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, pelo incentivo à pesquisa. Agradeço a oportunidade para o desenvolvimento desta pesquisa. Para a redação desta dissertação, vários professores tiveram uma contribuição significativa para o seu desenvolvimento. Primeiramente, agradeço os professores Ricardo Marcelo Fonseca, Luís Fernando Lopes Pereira e Cesar Antonio Serbena pelas aulas enriquecedoras e pelos referenciais bibliográficos utilizados. Ao professor Egon Bockmann Moreira, por ter aceitado o convite para compor a banca de defesa, pelas aulas enriquecedoras mais do que essenciais para o desenvolvimento deste trabalho e, por consequência, por toda as referências bibliográficas fartamente utilizadas no trabalho. À Professora Cristiana Fortini, por ter aceitado o convite em participar de minha banca de mestrado. E, especialmente, aos professores orientadores deste trabalho (e também de toda a minha vida acadêmica), Emerson Gabardo e Eneida Desiree Salgado. Professor Emerson, orientador na profissão e na trajetória acadêmica, agradeço por todas as brilhantes e valiosas lições de Direito Administrativo, preciosas dicas e indicações no escritório e na Faculdade e pela coorientação deste trabalho. Professora Desiree, que teve papel primordial para o nascimento do meu interesse pelo Direito Público ainda durante a graduação na Faculdade de Direito. Agradeço imensamente pelas variadas oportunidades concedidas na vida acadêmica (no NINC, nas diversas monitorias, orientações etc.), por todas as lições aos longos destes anos e pela dedicada orientação desta dissertação. Obrigado a todos.

Finalmente, faz-se mais do que necessário agradecer à minha família, por todo o amor e carinho despendidos ao longo de toda a minha vida e, em especial, nestes dois anos de mestrado, tão corridos e agitados. Aos meus irmãos Roberto e Guilherme. Aos meus tios, Fernando, Ricardo, Fabiana, Fernanda, Miguel, Telmo, Justina, João Carlos, Ari, Lurdes e Elso. Aos meus primos, João Victor, Flávia, Pedro Henrique, Manuela e Sergio. À minha querida avó, Tereza. Aos meus avós, Walter, Aurora e David, *in memoriam*. Meu vô Walter, que me ensinou a amar os livros desde pequeno. E, claro, às pessoas mais importantes da minha vida e meus heróis, minha mãe e meu pai, por todo o incentivo e por me fazerem acreditar que sonhos são sempre possíveis. Soará como clichê, mas é a mais pura e sincera realidade: sem vocês, eu não teria conseguido. Amo vocês.

*“And I fight back in my mind  
Never let's me be right  
I got memories, I got shit  
So much it don't show”*

**I Got Id,** Pearl Jam.

*“How I choose to feel  
Is how I am  
I will not lose my faith  
It's an inside job today*

*Holding on, the light of night  
On my knees to rise and fix my broken soul  
Again*

*Life comes from within my heart and desire*

**Inside Job,** Pearl Jam.



## SUMÁRIO

|                         |            |
|-------------------------|------------|
| <b>RESUMO.....</b>      | <b>XI</b>  |
| <b>ABSTRACT .....</b>   | <b>XII</b> |
| <b>INTRODUÇÃO .....</b> | <b>13</b>  |

### **CAPÍTULO 1 - O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA E A INFRAESTRUTURA..... 19**

#### **1.1 O princípio constitucional da segurança jurídica no Direito Público..... 20**

1.1.1 O princípio compreendido como disposição fundamental do sistema jurídico e o lugar do princípio constitucional da segurança jurídica ..... 22

1.1.2 O princípio constitucional da segurança jurídica como disposição fundamental do Direito Público..... 28

#### **1.2 Direito e infraestrutura: o que é a infraestrutura?..... 41**

1.2.1 O conceito de infraestrutura e sua importância para o desenvolvimento socioeconômico nacional ..... 43

1.2.1 O impacto do princípio constitucional da segurança jurídica em relação à infraestrutura: entre investimentos públicos e privados..... 51

#### **1.3 Os mecanismos jurídicos utilizados por agentes econômicos privados para exploração dos setores de infraestrutura: os instrumentos contratuais da concessão, permissão e autorização ..... 61**

1.3.1 Por meio de concessão (concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obras públicas, e parcerias público-privadas) e permissão de serviço público ..... 64

1.3.2 Por meio de autorização: as autorizações regulatórias e o Direito Privado Administrativo 76

### **CAPÍTULO 2 - A INSEGURANÇA JURÍDICA NOS SETORES DE INFRAESTRUTURA – “INSEGURANÇA É SEGURANÇA”..... 87**

#### **2.1 A insegurança jurídica e as reformas regulatórias (competência legislativa e competência normativa regulatória) ..... 89**

2.1.1 A competência legislativa: as inovações legislativas bruscas, excessivas e com alto teor de complexidade e indeterminação nos setores de infraestrutura ..... 90

2.1.2 A competência normativa regulatória das agências reguladoras..... 99

#### **2.2 A insegurança jurídica e os contratos de infraestrutura..... 111**

2.2.1 Os contratos de investimento e os contratos de desembolso: a quebra de contratos generalizada por parte da Administração Pública ..... 113

2.2.2 As autorizações regulatórias de longa duração e o horizonte de insegurança jurídica..... 124

|   |            |
|---|------------|
| <b>2.3 A insegurança jurídica no Poder Judiciário.....</b>  | <b>134</b> |
| 2.3.1 A morosidade do Poder Judiciário .....  | 136        |
| 2.3.2 O ativismo judicial e o protagonismo do Poder Judiciário: a elevada imprevisibilidade das decisões judiciais como causa de insegurança jurídica .....                                 | 140        |
| <br><b>CAPÍTULO 3 - QUAL É O FUTURO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA NOS SETORES DE INFRAESTRUTURA? .....</b>  | <b>150</b> |
| <b>3.1 A segurança jurídica pelo Poder Legislativo.....</b>   | <b>150</b> |
| 3.1.1 O dever do Poder Legislativo de consolidar normas de transição como forma de amenizar as inovações legislativas bruscas e drásticas .....   | 151        |
| 3.1.2 O dever do Poder Legislativo de elaborar leis claras, precisas e estáveis como forma de amenizar as inovações legislativas complexas, indeterminadas e excessivas.....                | 159        |
| <b>3.2 A segurança jurídica pelo Poder Executivo: a regulação por contrato e por agência .....</b>  | <b>164</b> |
| 3.2.1 A segurança jurídica no horizonte dos contratos regulatórios.....   | 165        |
| 3.2.2 A segurança jurídica no âmbito das agências reguladoras .....   | 174        |
| <b>3.3 A mitigação dos problemas relativos à morosidade e imprevisibilidade das decisões judiciais como concretização da segurança jurídica .....</b>                                       | <b>186</b> |
| 3.3.1 Propostas para a melhoria institucional do Poder Judiciário.....  | 186        |
| 3.3.2 A fuga do sistema judicial por meio da escolha de meios alternativos de resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública.....  | 199        |
| <b>3.4 Considerações finais parciais: a segurança jurídica em todo lugar – segurança <i>por</i> todos Poderes Públicos e <i>para</i> todos os agentes econômicos de infraestrutura.....</b> | <b>204</b> |
| <br><b>CONCLUSÕES.....</b>  | <b>208</b> |
| <b>REFERÊNCIAS .....</b>  | <b>217</b> |

## RESUMO

O presente trabalho analisa o princípio constitucional da segurança jurídica nos setores de infraestrutura, sob a ótica de dever estatal e direito dos agentes econômicos. No primeiro capítulo, expõe, inicialmente, os conceitos de princípio jurídico e de segurança jurídica que serão abordados ao longo da dissertação. Destaca-se que o princípio em estudo, como disposição fundamental do sistema jurídico, é composto pelos ideais parciais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade. Após, apresenta-se a noção de infraestrutura utilizada no trabalho e sua importância para o desenvolvimento socioeconômico do país, assim como é destacada a relação direta existente entre segurança jurídica e infraestrutura, especialmente a partir da relevância de investimentos oriundos de agentes econômicos privados. Em seguida, o trabalho analisa os modos de exploração da infraestrutura realizada por particulares, especialmente mediante os instrumentos contratuais da concessão, da permissão e da autorização. Após a exposição conceitual realizada no capítulo inicial, procura-se, no segundo capítulo, explicitar o cenário de elevada insegurança jurídica que advém da atuação dos três Poderes estatais nos setores de infraestrutura, mormente a partir da ofensa aos três ideais que integram o conteúdo do princípio em questão. Em um primeiro momento, analisa-se as alterações normativas regulatórias que causam impacto na infraestrutura, seja por intermédio das inovações legislativas realizadas pelo Parlamento, seja por meio da competência normativa das agências reguladoras. Na sequência, o trabalho discorre a respeito da insegurança jurídica no seio dos chamados contratos regulatórios, seja por meio da quebra de contratos e inadimplemento levados a cabo pela Administração Pública no âmbito dos contratos administrativos, seja pela incerteza no seio das ditas autorizações regulatórias. Após, explicita-se a insegurança jurídica advinda do Poder Judiciário, mediante a morosidade dos tribunais e o cenário de imprevisibilidade judicial. Finalmente, no capítulo derradeiro do trabalho, são apresentadas propostas de concretização da segurança jurídica, no âmbito dos três Poderes estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário), a fim de que seja promovido um novo futuro para o princípio nos setores da infraestrutura. Afirma-se, ao final, que segurança jurídica deve ser encarada como um dever de todos os Poderes Públicos e como um direito de todos os agentes econômicos que exploram a infraestrutura nacional, seja pública, seja privada.

**Palavras-chave:** Princípio Constitucional; Segurança Jurídica, Infraestrutura; Poderes Públicos, Agentes Econômicos.

## ABSTRACT

The present paper analyzes the constitutional principle of legal certainty in the infrastructure sectors, under the vision of state duty and rights of economic agents. The first chapter exposes, initially, concepts of legal principle and legal certainty that will be approached throughout the dissertation. It is emphasized that the principle under study, as a fundamental provision of the legal system, it's composed of ideal partials of knowability, reliability and calculability. After, it presents the notion of infrastructure used at work and its importance for the socioeconomic development of the country, as is highlighted the existing direct connection between legal security and infrastructure, especially from the relevance of investments coming from private economic agents. Then, the paper analyzes the infrastructure exploitation modes carried out by individuals, especially through contractual instruments of the concession, permission and authorization. After the conceptual exhibition held in the initial chapter, the second chapter seeks to explain the high legal uncertainty scenario that arises from the three state power's actions in infrastructure sectors, especially from the offense to the ideals that integrate the content of the principle in question. At first, it analyzes the regulatory changes that impact the infrastructure, either through the legislative innovations made by Parliament, either through the regulatory normative power of regulatory agencies. Following, the work discusses about the legal uncertainty within the so-called regulatory contracts, either through breach of contract and default carried out by the Public Administration in administrative contracts, either by uncertainty within the said regulatory approvals. After, it explains the legal uncertainty arising from the Judiciary Branch, by the slowness of patriotic courts and judicial unpredictability scenario. Finally, in the last chapter, proposals are submitted to legal certainty accomplishment, under the three state powers (Legislative, Executive and Judicial), in order to promote a new future for the principle in the infrastructure sector. It is stated, at the end, that legal certainty should be seen as a duty of all Public Authorities and as a right of all economic agents which operate on the national infrastructure, whether public or private.

**Keywords:** Constitutional Principle; Legal Certainty, Infrastructure; Public Authorities, Economic Agents.

## INTRODUÇÃO

Difícil encontrar alguma pessoa que negue a afirmação de que os setores de infraestrutura no Brasil necessitam de investimentos, sejam públicos, sejam privados. Rodovias mal conservadas, ferrovias abandonadas e subutilizadas, aeroportos mal equipados e sobrecarregados, portos lentos, ineficientes e caros, serviço de telecomunicações insuficiente, enfim, poderiam ser elencados problemas em praticamente todos os setores da economia brasileira. Tal situação sintetiza o quadro desalentador e insatisfatório da infraestrutura nacional, que ainda possui vários gargalos para o desenvolvimento socioeconômico.

Assim, muito emprego de capital ainda precisa ser realizado em setores como transportes, energia, telecomunicações e saneamento básico. Investimentos nos mais diversos setores da economia configuram-se imprescindíveis para o incremento da infraestrutura e, por consequência, para o desenvolvimento socioeconômico do país. Aliás, costuma-se dizer que a infraestrutura passou a ser vista como um dos requisitos essenciais para o desenvolvimento socioeconômico.<sup>1</sup> Um financiamento mais elevado nestes setores é capaz de viabilizar, por exemplo, crescimento no número de empregos e significar, conseqüentemente, uma melhoria na qualidade de vida dos cidadãos. Além disso, o investimento nesta seara gera um ciclo virtuoso, pois a situação precária da infraestrutura configura um impeditivo para o próprio crescimento dos negócios. Quanto mais desenvolvida a infraestrutura, mais capital será investido.<sup>2</sup>

Logo, o financiamento em tais setores, à semelhança do que ocorre com saúde e educação, configura quase que um consenso que aproxima até mesmo opositores políticos, tendo em vista a elevada influência que exerce na vida e cotidiano da população. A infraestrutura é parte essencial da vida e no dia-a-dia das pessoas: diariamente os cidadãos acendem a luz ao acordarem, utilizando-se da energia elétrica; alimentam-se de produtos que vieram de portos e foram transportados por trens, aviões ou em rodovias; bebem água devidamente tratada e têm o lixo removido de suas casas; utilizam serviços de telecomunicações, como telefone e internet.<sup>3</sup> Além disso, o funcionamento, por exemplo, de

---

<sup>1</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura: perspectiva pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 100.

<sup>2</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 57-58.

<sup>3</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 14.

escolas e hospitais públicos depende de uma infraestrutura adequada.<sup>4</sup> Não é preciso, afinal, se estender no impacto da infraestrutura para a vida dos indivíduos. Trata-se de um tema essencial para a sociedade moderna. Gilberto Bercovici chega a mencionar que “quando planejamos ou refletimos sobre a infraestrutura, estamos planejando e refletindo sobre nós mesmos e nosso projeto nacional no futuro”.<sup>5</sup> Mas, apesar destes aportes configurarem-se como indispensáveis, a realidade é que o Estado brasileiro necessita de mais aplicações de grande porte. Sem a realização deles, permanecerá um horizonte que contém gargalos impeditivos para o desenvolvimento do país.

“Não temos dúvida que o caminho para a recuperação da infraestrutura passa por maior participação da iniciativa privada”, afirmou Robson Andrade, presidente da Confederação Nacional da Indústria (CNI), em discurso no seminário “Infraestrutura e desenvolvimento no Brasil”.<sup>6</sup> Como será destacado no presente estudo, os gastos públicos em infraestrutura devem ser complementados com aportes privados. Marcos Nóbrega afirma que se faz necessário “encontrar alternativas para garantir a oferta de infraestrutura, determinando ganhos relevantes de eficiência pela introdução de mecanismos de gestão privados sem apresentar impactos fiscais imediatos”.<sup>7</sup> Em verdade, a utilização restrita de financiamento público pode até mesmo servir como uma limitação ao desenvolvimento da infraestrutura.<sup>8</sup> Nesse cenário, desponta a relevância de investimentos oriundos de agentes econômicos privados, inclusive estrangeiros, com o objetivo de complementar o gasto público. A partir de tal contexto, o Estado enxerga a atividade privada como parceira para implementar ações de caráter coletivo, “aliviando, mas não desonerando, em absoluto, o Poder Público”.<sup>9</sup> Ambas as escolhas – financiamento público ou privado – constituem formas legítimas de financiamento da infraestrutura, à luz do texto constitucional brasileiro. Com efeito, a Constituição de 1988 assegurou diversas possibilidades de atribuição da gestão do serviço aos particulares, como, por exemplo, o instrumento contratual da concessão de serviço público. Na perspectiva pública, deve-se ter em vista que geralmente a exploração da infraestrutura está associada à

---

<sup>4</sup> NOHARA, Irene. Aspectos gerais de concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas: contratação pública e infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coord.). *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, p. 90.

<sup>5</sup> BERCOVICI, Gilberto. Infraestrutura e desenvolvimento. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, p. 26.

<sup>6</sup> “Recuperação da iniciativa privada passa pela iniciativa privada, diz CNI”. *Valor*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4769005/recuperacao-da-infraestrutura-passa-pela-iniciativa-privada-diz-cni>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

<sup>7</sup> NÓBREGA, Marcos. *Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 25.

<sup>8</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 306.

<sup>9</sup> FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos: franquias, concessão, permissão e PPP*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 4.

prestação de um serviço público. Na década de 1990 e anos 2000, surgiram diversas leis que consolidaram a possibilidade de particulares explorarem a infraestrutura. A Lei Geral de Concessões (Lei nº 9.987/1995) e a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004) configuram os exemplos mais notáveis. Todavia, apesar do ordenamento jurídico permitir a possibilidade de particulares atuarem em tais setores, verifica-se, ainda, um déficit de capital privado em projetos de infraestrutura.

Mas por que o número de investimentos é considerado insatisfatório? O que os agentes econômicos privados necessitam, efetivamente, para ter maior interesse em investir na infraestrutura nacional? A resposta reside na *segurança jurídica*. Garantia de segurança jurídica nos três Poderes estatais: Legislativo, Executivo e Judiciário. Contratos de infraestrutura, além de demandarem um elevado capital necessário para sua implementação, normalmente envolvem projetos com longa maturação, isto é, demoram significativamente para gerar o retorno previsto. Podem até levar décadas, configurando verdadeiros instrumentos de governo. Assim, o agente econômico que investe em infraestrutura é extremamente calculista e cuidadoso, pois não pode envolver o seu projeto em países que possuem um baixo nível de segurança jurídica. O investidor necessita ter a garantia de que o contrato firmado com o Poder Público será devidamente respeitado pela parte adversa (isto não significa, porém, que ele seja completamente imune a alterações, afinal é impensável imaginar que um contrato de concessão, por exemplo consiga prever todas as vicissitudes que acontecerão anos depois). O investidor precisa ter confiança nas instituições e na inalterabilidade das regras do jogo. Necessita confiar nas instituições judiciais e na celeridade do Poder Judiciário em julgar eventuais controvérsias que surjam ao longo da execução contratual. Com efeito, um país com instituições voláteis afasta investimentos e acaba entrando num círculo vicioso de subdesenvolvimento em virtude da perda de competitividade em comparação a outros países que possuem instituições mais sólidas.<sup>10</sup>

No entanto, a realidade da prática administrativa brasileira é exatamente a oposta: total insegurança jurídica. Insegurança que decorre de alterações normativas excessivas e bruscas do conjunto normativo regulatório, seja nos diferentes marcos regulatórios de setores de infraestrutura, seja em razão da competência normativa regulatória das agências de cada setor. Insegurança que provém do incumprimento dos contratos, quebrados frequentemente pela Administração Pública. Insegurança no âmbito do Poder Judiciário em razão de problemas como morosidade dos tribunais e imprevisibilidade das decisões judiciais. Enfim,

---

<sup>10</sup>

CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 55.

insegurança generalizada, por todo lugar, perpetrada pelos três Poderes Públicos, que afugenta os investimentos em infraestrutura, prejudicando o desenvolvimento do país. A insegurança jurídica, portanto, consiste na grande inimiga dos investidores.

Como será exposto no trabalho, a segurança configura um valor constitucional e concretiza-se por meio de um princípio jurídico, também com incontestável *status* constitucional. Possuindo o caráter de princípio constitucional, a segurança jurídica possui inegável força normativa, recaindo, assim, como um dever em relação aos três Poderes Públicos. Diante do cenário disseminado de insegurança jurídica, o princípio constitucional da segurança jurídica necessita ser mais concretizado na prática. Recentemente, denota-se até uma crescente preocupação com a consolidação do princípio, surgindo algumas propostas normativas para combater a insegurança. Por exemplo, o Projeto de Lei que possui o intento de incluir disposições na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a fim de elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do Direito Público (Projeto de Lei nº 349/2015). Ou a discussão travada em um grupo de trabalho constituído pelo então Ministro da Fazenda, Joaquim Levy, em agosto de 2015 – que buscou aprimorar o ambiente de negócios e a infraestrutura nacional e atrair mais investimentos estrangeiros para o país – que acabou por originar o anteprojeto do denominado PPP MAIS (que possuía o objetivo de estimular a eficiência nas contratações públicas e consolidar a segurança jurídica na execução contratual).<sup>11</sup> Lamentavelmente, o anteprojeto acabou não entrando em pauta no Congresso, mas influenciou, no ano seguinte, a edição da Medida Provisória nº 727/2016 (e posteriormente convertida na Lei nº 13.334/2016), que instituiu o chamado Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), que possui entre os seus objetivos a necessidade de conferir segurança jurídica aos empreendimentos de infraestrutura. Estas preocupações, todavia, ainda são tímidas. O PPP MAIS, por exemplo, nunca chegou a ser debatido no Congresso Nacional. Há muito a ser feito para diminuir o contexto de insegurança nos setores da infraestrutura. Esta é justamente a proposta de contribuição do presente estudo: destacar a relevância da infraestrutura para o desenvolvimento nacional e, paralelamente, apresentar o contexto de insegurança arraigado na realidade brasileira, perpetrado pela atuação dos três Poderes Públicos, a fim de que tal situação seja superada, possibilitando um novo futuro para o princípio da segurança jurídica em matéria de infraestrutura.

---

<sup>11</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; MOREIRA, Egon Bockmann. PPP MAIS: um caminho para práticas avançadas nas parcerias estatais com a iniciativa privada. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 9-49, jan./mar. 2016.



A presente dissertação é dividida em três grandes capítulos: os dois primeiros com três subcapítulos e o último com quatro. O primeiro capítulo preocupa-se com a exposição de conceitos imprescindíveis para o desenvolvimento do trabalho (especialmente segurança jurídica e infraestrutura); o segundo contextualiza o momento de insegurança jurídica nos setores de infraestrutura (“insegurança é segurança”); e, finalmente, o terceiro capítulo cuida de algumas propostas com a finalidade de mitigar o cenário de insegurança exposto.

Em um primeiro momento, portanto, serão apresentados os conceitos que serão utilizados ao longo da dissertação, dando-se destaque para os dois principais, isto é, segurança jurídica e infraestrutura (e, por consequência, sua patente conexão). Assim, primeiramente, será exposto o conceito de princípio jurídico, concedendo-se destaque para sua pretensão de força normativa. Posteriormente, de forma específica, discorre-se acerca da noção do princípio da segurança jurídica que será adotado no trabalho, este abordado especialmente a partir de seus ideais parciais (cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade). Apresenta-se, após, o conceito de infraestrutura e sua importância para o desenvolvimento socioeconômico, destacando-se a relevância do financiamento privado. Destaca-se, nesse tocante, o direito ao desenvolvimento estabelecido pela Constituição Federal, nos termos do seu artigo 3º, inciso II. Finalmente, finalizando este primeiro capítulo, são apresentadas as formas de exploração da infraestrutura que são empregadas por agentes econômicos privados, especialmente a partir dos instrumentos contratuais da concessão, da permissão e das chamadas autorizações regulatórias.

No segundo capítulo da dissertação, após a preocupação com a exposição conceitual realizada no capítulo precedente, apresenta-se o contexto generalizado de elevada insegurança jurídica que advém da atuação dos três Poderes estatais nos setores de infraestrutura, especialmente a partir da violação aos ideais que integram o conteúdo do princípio da segurança jurídica. Inicialmente, são demonstradas as alterações normativas que causam impacto na infraestrutura, seja por intermédio das inovações legislativas realizadas pelo Poder Legislativo, seja por meio da competência normativa regulatória das agências reguladoras. Inovações normativas que podem ser bruscas, excessivas e possuir alto teor de complexidade e indeterminação. Posteriormente, discorre-se acerca da insegurança no seio dos chamados contratos regulatórios, seja pela quebra contratual e inadimplemento levados a cabo pela Administração Pública no âmbito dos contratos administrativos, seja no âmbito das ditas autorizações regulatórias. Após, concluindo a contextualização da insegurança jurídica nos setores de infraestrutura, explicita-se o panorama no âmbito do Poder Judiciário, por meio da

apresentação de problemas como a morosidade dos tribunais pátrios e a imprevisibilidade dos magistrados. O objetivo do capítulo, portanto, é apresentar a insegurança difundida por todo o ambiente estatal, de um modo geral, e que não se resume à atuação de somente um Poder em específico. Além do mais, a ideia é tentar demonstrar que os problemas de insegurança jurídica, em matéria de infraestrutura, estão todos interligados. Devido às limitações que um trabalho de dissertação impõe, a proposta do presente trabalho é expor o panorama generalizado de incerteza que acomete os três Poderes – justamente para demonstrar que a insegurança provém de todo lugar –, sem a pretensão, porém, de se aprofundar no exame detido e aprofundado de tais imperfeições.

Finalmente, após a exposição inicial dos conceitos e demonstrada a insegurança jurídica no ambiente regulatório nacional, no capítulo derradeiro do estudo são apresentadas propostas de concretização do princípio da segurança jurídica, a partir dos ideais que definem o seu conteúdo (isto é, cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade), no horizonte dos três Poderes Públicos, a fim de que seja promovido um novo futuro para o respectivo princípio na seara da infraestrutura. São estudadas, por exemplo, as normas de transição como forma de garantir que o direito dos agentes econômicos seja devidamente respeitado e propostas já realizadas no plano institucional brasileiro, como os já citados PPP MAIS e o Projeto de Lei nº 349/2015. As referidas propostas são apresentadas como forma de amenizar o deteriorado cenário que será exposto no segundo capítulo, todavia, não possuem a utópica pretensão de configurarem um antídoto definitivo em face da insegurança em matéria de infraestrutura.

# CAPÍTULO 1

## O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA E A INFRAESTRUTURA

---

Segurança jurídica e infraestrutura serão os principais objetos de estudo desta dissertação. Este primeiro capítulo procura analisar estes dois conceitos: inicialmente, preocupa-se mais com a análise específica do princípio da segurança jurídica na esfera do Direito Público<sup>12</sup> para, posteriormente, analisar concretamente a infraestrutura e os mecanismos jurídicos utilizados para sua exploração pelos agentes econômicos.

Mas antes de adentrar na análise concreta do princípio da segurança jurídica, faz-se necessário expor o conceito de *princípio jurídico* que será adotado ao longo desta dissertação. Dessa forma, primeiramente será explicitado o conceito de princípio jurídico adotado neste estudo (como disposição fundamental do sistema), para, na sequência, examinar especificamente o *princípio constitucional da segurança jurídica*, especialmente a partir dos seus ideais parciais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.<sup>13</sup> No segundo subcapítulo, cuida-se essencialmente da *infraestrutura*. Assim, apresenta-se a noção de infraestrutura e sua respectiva importância para o desenvolvimento socioeconômico, bem como a relevância da participação privada nos diversos setores da economia. Também é demonstrada a relação direta que os conceitos estudados possuem. Na terceira e última parte do capítulo, são expostas as formas de exploração da infraestrutura que são empregadas por

---

<sup>12</sup> A despeito do Direito Administrativo tradicionalmente integrar o campo do chamado Direito Público, é cediço que a evolução das relações sociais impôs a utilização gradativa de institutos de Direito Privado na seara das relações jurídico-administrativas. Neste trabalho, por exemplo, será citado o denominado Direito Privado Administrativo, com utilização crescente nos setores de infraestrutura. Nesse sentido, como lembra Eberhard Schmidt-Assmann, “*el Derecho Administrativo no es sólo Derecho Público, sino también, y en gran medida, Derecho Privado. La Administración puede servirse del Derecho Privado para su organización y formas de actuación o intervención. Esta (limitada) <libertad de elección> parece necesaria para que la Administración pueda intervenir adecuadamente en los distintos ámbitos de cooperación entre el Estado y la sociedad. Ello significa, en consecuencia, que muchas cuestiones y conflictos que resultan relevantes para el Derecho Administrativo se regulan y resuelven también através de las normas privadas de contratación y de organización bajo la influencia y los impulsos del sistema de colaboración público-privada, de la public-private-partnership. La ciencia del Derecho Administrativo há de integrar, pues, este fenómeno; el territorio de la dogmática se extiende a estas zonas*” (SCHIMIDT-ASSMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. In: BARNES, Javier (Ed.). *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Sevilla: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012, p. 38-39). Por sua vez, autores como Pedro Gonçalves rejeitam a tese de que a dicotomia Direito Público e Direito Privado esteja superada. Segundo o autor, “persiste uma dualidade fundamental na ordem jurídica, dualidade essa que, na sua essência e nas suas raízes, não foi superada. (...) subsiste, por um lado, um direito próprio da Administração Pública, o direito administrativo, e, por outro, um ‘direito de todos’, o direito privado” (GONÇALVES, Pedro Costa. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 280).

<sup>13</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

agentes econômicos privados, especialmente a partir da concessão, da permissão e das chamadas autorizações regulatórias.

## 1.1 O princípio constitucional da segurança jurídica no Direito Público

A categoria normativa do princípio jurídico será adotada na presente dissertação como *disposição fundamental do sistema jurídico*. Antes de adentrar em tal concepção de princípio jurídico, todavia, faz-se necessário destacar rapidamente a relação existente entre os valores e os princípios constitucionais e, além disso, que um dos principais valores consagrados no ordenamento jurídico pátrio consiste exatamente na *segurança* das relações jurídicas. Com efeito, a consolidação da segurança como um verdadeiro valor constitucional é essencial para a compreensão do significado de princípio jurídico como disposição fundamental do sistema jurídico.

Como lembra Clèmerson Merlin Clève, as Constituições passaram a representar documentos normativos do Estado e da sociedade na atualidade. “Os cidadãos têm, hoje, acesso direto à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou a omissão do legislador”.<sup>14</sup> E, nesse cenário de força normativa constitucional, as decisões constituintes que dão suporte ao Estado consistem nos *valores*, nos *princípios jurídicos* ou nas *regras constitucionais*.<sup>15</sup>

Nesse contexto, Eneida Desiree Salgado afirma que se faz necessária uma leitura da Constituição como um conjunto de valores, princípios e regras, que conformam o ordenamento jurídico e a vida em sociedade, com inegável força normativa.<sup>16</sup> A autora estabelece que, embora os valores apresentem um caráter aberto, este fato, no entanto, não retira a sua relevância na ordem jurídica, porquanto eles se traduzem e se concretizam em princípios constitucionais que definem a sua esfera específica de atuação. É exatamente, pois, o caso da segurança. “Os valores constitucionais se condensam em princípios constitucionais (...) valores e princípios atuam de maneira distinta na efetivação do Direito”.<sup>17</sup> Conforme destaca Desiree Salgado, “enquanto os valores servem como baliza para a interpretação de

---

<sup>14</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 22.

<sup>15</sup> SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral*. Curitiba, 2010. 345f. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 8.

<sup>16</sup> SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral...*, p. 8.

<sup>17</sup> SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral...*, p. 9.

uma norma e para o desenvolvimento legislativo, os princípios estão ao alcance do legislador e do juiz, se inexistir regra específica”.<sup>18</sup>

Portanto, tendo em vista o mencionado aspecto normativo da Constituição, os princípios constitucionais revestem-se de força normativa e possuem uma primazia interpretativa absoluta.<sup>19</sup> A eleição de determinados valores pelo poder constituinte, e sua concretização por meio de princípios densificadores e regras, não deve ser ignorada sob pena de a atuação do intérprete e aplicador do texto constitucional perder a sua legitimidade. Isto é, não deve ser admitida a substituição dos valores consagrados na Constituição – entre eles, a segurança jurídica – por valores subjetivos, mascarados na grande maioria das vezes por uma concepção pessoal de justiça do julgador.<sup>20</sup>

Os valores constitucionais localizam-se no Preâmbulo e nos primeiros artigos da Constituição: justiça, liberdade, igualdade, dignidade, segurança, bem comum, desenvolvimento, solidariedade, pluralismo e garantia do exercício dos direitos sociais e individuais.<sup>21</sup> Como referido, um destes valores constitucionais consiste justamente na segurança das relações jurídicas, consolidada no Preâmbulo da Constituição Federal, *efetivada por intermédio do princípio constitucional da segurança jurídica*. Ressalte-se que, apesar de estar explicitamente consagrado no Preâmbulo como um *valor* e no *caput* do artigo 5º como um *direito*, por outro lado, em nenhum momento da Constituição, de forma expressa, se faz menção à existência do princípio da segurança jurídica. Porém, em que pese não esteja consagrado expressamente, tem-se como indiscutível o caráter constitucional do princípio da segurança jurídica no Direito Brasileiro e sua relevância dentro do Direito Público. Tal *status* constitucional será retomado ainda no tópico específico atinente ao princípio em questão.

Portanto, a segurança jurídica, ao evidenciar uma valoração legislativa positiva, configurando um *valor*, também se consubstancia em um princípio jurídico constitucional, com manifesta força normativa. Humberto Ávila, nesse vértice, traça importante distinção da segurança jurídica a partir de três pontos de vista: como um *fato* (dimensão fática), como um

---

<sup>18</sup> SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral...*, p. 9.

<sup>19</sup> SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral...*, p. 55. Nesse contexto, Luís Roberto Barroso ensina que o sistema jurídico ideal consubstancia-se em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, sendo que as regras desempenham um importante papel com relação à segurança jurídica, isto é, através de previsibilidade e objetividade das condutas (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 340).

<sup>20</sup> GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. O princípio com fundamento no desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene; MARRARA, Thiago (Org.). *Direito e Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 105-121.

<sup>21</sup> GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. O princípio com fundamento no desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo..., p. 105-121.

*valor* (dimensão axiológica) e como uma *norma* (dimensão normativa). O autor destaca que uma coisa é o *fato* de os juízes aplicarem as normas com o objetivo de confirmar as previsões feitas para a maioria de suas decisões; outra é a afirmação de que é *melhor* um ordenamento jurídico previsível do que um imprevisível; e outra, ainda, a *obrigação* de os juízes aplicarem o ordenamento de forma a aumentar a probabilidade de previsibilidade de suas decisões por parte dos intérpretes do Direito.<sup>22</sup> Portanto, na visão de Ávila, tratam-se de três planos diferentes (valor, fato e norma). A segurança jurídica como fato consiste na capacidade de prever uma determinada situação de fato. A segurança jurídica como valor consiste na manifestação de aprovação ou desaprovação a respeito de um cenário de segurança. Por fim, a segurança jurídica como norma consiste na “prescrição para adoção de comportamentos destinados a assegurar a realização de uma situação de fato de maior ou menor difusão e a extensão da capacidade de prever as consequências jurídicas dos comportamentos”.<sup>23</sup> Apesar de expor a distinção entre estes três planos da segurança jurídica, o autor destaca que isso não quer dizer que esses juízos não mantenham entre si uma necessária correlação.<sup>24</sup>

É a partir desta indiscutível correlação entre dois dos aspectos mencionados, valor e norma, que se passa a explicitar o conceito de princípio jurídico adotado neste trabalho e, a partir disso, a adequação do princípio da segurança jurídica em relação a tal conceito. Como dito, a segurança, como um valor disposto na Constituição, concretiza-se normativamente por intermédio de um *princípio jurídico constitucional*, objeto de estudo do presente trabalho, o qual se analisa na sequência.

### **1.1.1 O princípio compreendido como disposição fundamental do sistema jurídico e o lugar do princípio constitucional da segurança jurídica**

Para a devida análise do conteúdo específico do princípio da segurança jurídica, torna-se imprescindível expor o conceito de princípio jurídico. Como leciona Daniel Wunder Hachem, “a aplicação de qualquer princípio jurídico demanda que o intérprete compreenda adequadamente a sua configuração jurídica, verificando os fundamentos que lhe fornecem

---

<sup>22</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 124.

<sup>23</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 124.

<sup>24</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 124-125. Humberto Ávila sublinha que “com relação à segurança jurídica, pode-se ainda referir que ela (como fato, como valor ou como norma) pode ser usada – no metanível doutrinário, portanto – de diferentes modos: pode-se tanto descrever a segurança jurídica (‘há segurança jurídica no Brasil’) como valorá-la (‘a segurança jurídica é uma exigência fundamental’), separada ou conjuntamente” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 125).

suporte no sistema normativo e identificando os elementos que o compõem”.<sup>25</sup> Não é diferente em relação ao princípio da segurança jurídica.

A categoria princípio jurídico será abordada como um “mandamento nuclear” do ordenamento, configurando, portanto, uma *disposição fundamental do sistema jurídico*, em específico sobre os setores de infraestrutura. Isto é, a segurança jurídica como disposição fundamental do sistema jurídico de Direito Público. É exatamente nessa perspectiva de princípio que Celso Antônio Bandeira de Mello define a noção de princípio jurídico e esquematiza a ideia de regime jurídico-administrativo, composto por um conjunto de princípios e regras que dão coerência e identidade ao Direito Administrativo.<sup>26</sup>

Além do referido autor, parcela da doutrina nacional adota uma concepção semelhante de princípio jurídico. José Afonso da Silva, no âmbito do Direito Constitucional, classifica os princípios constitucionais em princípios fundamentais e princípios constitucionais gerais, destacando o fato de que a expressão “princípios fundamentais” disposta no Título I da Constituição exprime a noção aqui adotada (disposição fundamental do sistema).<sup>27</sup> Já Carmen Lúcia Antunes Rocha, na seara do Direito Administrativo, fala em princípios constitucionais da Administração Pública e, ao defender a existência do denominado princípio da juridicidade, postula a favor de uma concepção de legalidade em sentido amplo.<sup>28</sup> Portanto, os autores citados também partem da noção de princípio como disposição fundamental do sistema jurídico. E é a partir desta noção que o princípio da segurança jurídica será abordado: como pedra basilar do Direito Público e, para a verticalização que este estudo propõe, também para relação que se estabelece entre o Direito e a infraestrutura.

---

<sup>25</sup> HACHEM, Daniel, Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 37.

<sup>26</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 53-54. A definição do autor é clássica no Direito Administrativo brasileiro. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio configura um “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...*, p. 974-975).

<sup>27</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. rev. e. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 89 e 95.

<sup>28</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes Rocha. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. Para a autora, “o Estado de Direito fez do princípio da juridicidade a sua apresentação e o seu fundamento mais apurado e vigoroso, como se ostenta no seu nome mesmo. Mais ainda, o princípio da juridicidade da Administração Pública – rotulado de princípio da legalidade em sua concepção inicial e na esteira do entendimento preliminarmente votado ao princípio da separação dos poderes, pelo qual o Poder Executivo submetia-se à lei formalmente elaboradora e que viria do Poder Legislativo – fez-se a manifestação mais perfeita do Estado de Direito. (...) Incontestável é, contudo, que a juridicidade administrativa, como modernamente concebida, esteve na base ideológica jurídica e na lógica política dos primeiros esboços do Estado de Direito” (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes Rocha. *Princípios constitucionais da Administração Pública...*, p. 75-77).

Emerson Gabardo e Eneida Desiree Salgado, em estudo sobre o princípio como fundamento no desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo, defendem o mesmo conceito. Os autores destacam, portanto, que o princípio deve ser tomado como fundamento do sistema jurídico, ressaltando que, a partir desta perspectiva, pretender distinguir lógica e formalmente regras e princípios talvez não configure uma boa opção para a sua aplicação no contexto nacional (distinção estrutural), especialmente ao se constatar que grande parcela da doutrina brasileira toma o conceito de princípio justamente como disposição fundamental do sistema. Os autores sublinham, ademais, que no sistema jurídico fundado pela Constituição Federal de 1988 os princípios tornaram-se a chave de compreensão de todo o Direito.<sup>29</sup>

A constatação da utilização majoritária pela literatura jurídica nacional do conceito de princípio como disposição fundamental do sistema é revelada por Luís Virgílio Afonso da Silva. O autor tem o devido cuidado de separar as classificações e evidenciar a distinção existente entre a noção aqui empregada e as teorias propostas por Alexy e Dworkin. Todavia, tais consequências passam muitas vezes despercebidas em diversos trabalhos acadêmicos sobre o tema, já que é demasiadamente comum que se proceda, em um primeiro momento, à diferenciação entre princípios e regras com base nas teorias de Alexy e Dworkin, para que seja realizada, na sequência, uma exposição dos princípios nos termos da compreensão como uma disposição fundamental do sistema.<sup>30</sup> Virgílio Afonso da Silva denomina este fenômeno de “sincretismo metodológico”, que consistiria na junção de teorias incompatíveis como se compatíveis fossem.<sup>31</sup> Lenio Luiz Streck, por sua vez, fala na existência de uma “babel de posições e opiniões” na doutrina nacional, que configuram uma incompreensão radical dos pontos centrais para determinação da noção de princípio. Segundo Streck, é usual que o termo princípio seja invocado pela doutrina para se referir a âmbitos muito distintos de denotação.<sup>32</sup>

Portanto, a concepção de princípio como disposição fundamental do sistema jurídico afasta-se do tradicional conceito proposto por Robert Alexy, que compreende a figura como uma espécie de norma de direito fundamental em oposição à noção de regra jurídica. Vale dizer, a partir de tal ideia, podem existir princípios de direito fundamentais ou regras de direitos fundamentais. Segundo Alexy, princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na medida do possível (mandados de otimização). Ao defender que os princípios

---

<sup>29</sup> GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. O princípio com fundamento no desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo..., p. 105-121.

<sup>30</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003, p. 612.

<sup>31</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras..., p. 625.

<sup>32</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 496-497.



devem ser realizados na medida do possível, Alexy afirma a possibilidade de que tais normas entrem em conflito e, assim, dependem de um procedimento de aplicação denominado ponderação para resolver o problema no caso concreto. Por sua vez, a ponderação não seria aplicável às regras de direito fundamentais, haja vista que estas podem ser aplicadas diretamente às situações concretas, dependentes de um procedimento de aplicação denominado subsunção. Portanto, segundo a teoria de Alexy, princípio jurídico configura uma noção que nada diz em relação à fundamentalidade da norma jurídica dentro do sistema, vez que um determinado princípio configura uma norma tão somente em razão de sua estrutura normativa (regra ou princípio), sem qualquer referência ao espaço nuclear que ocupa dentro do sistema jurídico.<sup>33</sup> Como evidencia Virgílio Afonso da Silva, “muito do que as classificações tradicionais chamam de princípio, deveria ser, se seguirmos a forma de distinção proposta por Alexy, chamado de regra”.<sup>34</sup>

A compreensão defendida neste trabalho também se afasta do conceito de Ronald Dworkin, que defende que os princípios se diferenciam das regras porque a aplicação destas segue uma lógica do tudo ou nada. Isto é, as regras ou valem, e são aplicáveis integralmente, ou não valem, e não são aplicáveis em sua íntegra.<sup>35</sup> Para Dworkin, os princípios, por outro lado, são exigências “de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” e se diferenciam logicamente das regras por possuírem, além da dimensão da validade, a dimensão do peso. “As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada” e dos princípios não decorrem automaticamente consequências jurídicas. No caso de conflito entre princípios, não se indaga a respeito de problemas de validade, mas tão somente de peso. Possui maior relevância aquele princípio que detiver maior peso em determinado caso concreto.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad.: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997 [1986].

<sup>34</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras..., p. 613.

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad.: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007 [1978].

<sup>36</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério...*, p. 36 e 39-40. Por outro lado, Herbert L. A. Hart criticou a noção de Dworkin, ao inferir que a regra nunca traz todos os elementos para a decisão de determinado caso. As regras não funcionam na lógica do tudo ou nada, como defende Dworkin, uma vez que podem ser afastadas apenas em um caso concreto, sem perder sua validade (HART, Herbert L. A. Pós-escrito. In: HART, Herbert L. *O conceito de Direito*. 4. ed. Trad.: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 [1994], p. 299-339. p. 320 e ss). Frederick Schauer, por sua vez, defende a textura aberta das regras: “*la más precisa de las reglas es potencialmente imprecisa*”. O autor destaca que: “*no importa cuán cuidadosamente persigamos el máximo de precisión en nuestras definiciones y, por lo tanto, en las generalizaciones que esas definiciones reflejan y crean, algún hecho no previsto siempre puede confundirnos*” (SCHAUER, Frederik. *Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Trad.: Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A., 2004, p. 93-94).

Em relação às teorias de Alexy e Dworkin, Emerson Gabardo e Eneida Desiree Salgado salientam, inclusive, que parece ser uma utopia normativa imaginar que uma teoria lógico-sistemática poderia explicar com perfeição e totalidade a realidade normativa dos fundamentos do Direito Constitucional brasileiro. Mas fazem a devida ressalva de que, obviamente – sempre de um modo eclético – as reflexões dos clássicos autores possuem uma inegável importância para a análise do sistema jurídico nacional.<sup>37</sup>

Por outro lado, Humberto Ávila, diferentemente de Alexy e Dworkin, defende que a distinção entre princípios e regras é de grau, sendo os princípios mais abstratos do que as regras. Enquanto as regras, na visão do autor, são as normas que descrevem o que é permitido, proibido e obrigatório, sendo representadas pela expressão “se, então”, os princípios jurídicos configuram normas que estabelecem um estado ideal de coisas e, para que sua realização seja necessária, devem ser adotados comportamentos que provocam efeitos que contribuem para sua promoção (e seu modelo é representado pela expressão “para, então é preciso”).<sup>38</sup>

Todavia, Ávila utiliza um conceito específico para explicar o princípio da segurança jurídica que não se encaixa integralmente nesta regra geral evidenciada pelo próprio autor, porquanto ele o classifica como um *princípio sui generis* (uma norma-condição/estrutura), que diz respeito a uma certa configuração da realidade *por meio de instituições jurídicas*, isto é, a sua aplicação não envolve a análise direta da subsunção de um pressuposto de fato a uma norma, mas o contraste entre uma norma constitucional e uma realidade jurídica.<sup>39</sup> O princípio da segurança jurídica, configurando a “norma das normas”, constitui uma norma portadora “de uma eficácia *sui generis* no quadro principiológico, uma espécie de norma-condição ou norma-estrutura, sem cuja eficácia mínima as outras normas também deixam de ser minimamente eficazes. Ele é um “princípio de intermediação”, pois estabelece condições funcionais para os princípios e para as regras que compõem o ordenamento jurídico”.<sup>40</sup> Portanto, o autor destaca que o objeto do princípio em análise não consiste diretamente na configuração da realidade, mas sim a própria configuração do Direito ou, ainda, de um direito como instrumento para se configurar a própria realidade, definindo-o como um “princípio-

---

<sup>37</sup> GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. O princípio com fundamento no desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo..., p. 105-121. Os autores afirmam expressamente que a compreensão de princípio defendida por eles não se coaduna diretamente com a visão empregada por Alexy e Dworkin.

<sup>38</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 126-127.

<sup>39</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 711. O autor aduz que o princípio em questão “*funda a validade e instrumentaliza a eficácia de outras normas jurídicas (...) é, por essa razão, a norma das normas – a sua condição estrutural*” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 684).

<sup>40</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 711.

instrumental” e, na qualidade de direito, como uma espécie de “direito-garantia”.<sup>41</sup> Apesar da noção de princípio defendida neste trabalho – como disposição fundamental do sistema – afastar-se do conceito empregado por Humberto Ávila, a noção específica do autor para o princípio da segurança jurídica como um *princípio sui generis* (ou norma-condição ou norma-estrutura) aproxima-se da ideia defendida nesta dissertação, vale dizer, da segurança jurídica como autêntica disposição fundamental do Direito Público brasileiro.

Em suma, a partir da compreensão empregada como disposição fundamental do sistema, o princípio jurídico, que deriva de um valor constitucional, configura uma norma que orienta a ação ou o juízo (sendo o seu critério de validade) “exigindo um cálculo de adequação que torna a ação e/ou o juízo em certa medida previsíveis”. Com efeito, os princípios consistem em enunciados normativos, e apesar de serem conceitos vagos e abertos, não permitem o arbítrio por parte do intérprete da norma, que está vinculado a vontades anteriores reveladas pelos valores constitucionais. A diferença em relação às regras é que essas, a despeito de também orientarem ações e decisões, indicam uma consequência jurídica determinada, derivando dos princípios (assim como esses derivam dos valores).<sup>42</sup>

Os princípios jurídicos são concretizados pela atuação do legislador, pelo administrador público, ou pelo juiz, não necessariamente com a criação de um direito novo (que ocorre a partir da atuação estrita do Parlamento), mas mediante a derivação de comandos normativos específicos ante as diversas possibilidades estabelecidas pelos próprios princípios (entretanto, a preferência para a sua concretização é do Poder Legislativo, tendo em vista que sempre existe um conteúdo mínimo a ser respeitado).<sup>43</sup> A afirmação, como se tem por evidente, também vale para o princípio objeto do presente estudo. Vale dizer, o princípio da segurança jurídica, como disposição fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, deve ser concretizado pela atuação conjunta dos três Poderes Públicos: Executivo, Legislativo e

---

<sup>41</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 134.

<sup>42</sup> GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. O princípio com fundamento no desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo..., p. 105-121. Os autores destacam que: “ao legislador cabe a conversão do valor em uma norma, a ‘projeção normativa’, com ampla margem de liberdade; ao juiz, resta apenas a eficácia interpretativa dos valores positivados. (...) O juiz pode acessar diretamente o princípio, projetando-o normativamente, quando não há desenvolvimento legislativo que apresente uma regra para o caso em apreciação. Mas não é possível ignorar a regra ou partir do pressuposto que ela sempre deverá ser afastada por qualquer fundamento subjetivamente extraído do entendimento que determinada autoridade detém de um determinado princípio” (GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. O princípio com fundamento no desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo..., p. 105-121).

<sup>43</sup> GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. O princípio com fundamento no desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo..., p. 105-121

Judiciário,<sup>44</sup> possuindo enorme relevância nos setores de infraestrutura, conforme será abordado ao longo deste trabalho.<sup>45</sup>

### 1.1.2 O princípio constitucional da segurança jurídica como disposição fundamental do Direito Público

O primeiro pressuposto do trabalho, portanto, é de que os princípios sejam tomados como disposições fundamentais do ordenamento jurídico. A partir de agora, destaca-se o conteúdo do princípio da segurança jurídica que será utilizado nesta dissertação.

Mas para alcançar e definir um conteúdo para o princípio da segurança jurídica, faz-se necessário anteriormente destacar a ideia de “segurança relativa”, essencial para o objetivo do presente estudo. Neil MacCormick, a despeito de postular em favor de uma concepção argumentativa do Direito, lembra que uma das demandas mais comuns dos cidadãos consiste na “certeza jurídica”. Porém, MacCormick faz a ressalva de que a certeza é algo inatingível, e que o máximo que pode ser alcançado pelos aplicadores do Direito é diminuir a incerteza a um grau aceitável.<sup>46</sup> No contexto de alterações normativas, por exemplo, “se o Direito precisa ser modificado, que o seja de uma forma que possa ser compreendida de maneira simples e direta, para que a ação possa ser conduzida adequadamente, com razoável garantia de que a

---

<sup>44</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 694.

<sup>45</sup> No segundo capítulo deste trabalho será demonstrado o cenário de insegurança jurídica nos três Poderes estatais, especialmente em relação: 1) às frequentes alterações normativas regulatórias (não restritas apenas à esfera legislativa); 2) aos contratos administrativos, reiteradamente quebrados pela Administração Pública; e, finalmente, 3) aos problemas de morosidade e imprevisibilidade verificados no Poder Judiciário.

<sup>46</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 14-15. Neil MacCormick destaca que a ideia do caráter argumentativo do Direito parece jogar água fria nas ideias de certeza e segurança jurídicas e levanta a seguinte questão: “se não pode haver certeza jurídica, como pode o Estado de Direito ter todo o valor que normalmente lhe é dado? Qual a perspectiva de se poder reconciliar essas duas ideias?”. Em tese, portanto, existiria uma patente contradição entre o caráter argumentativo do Direito e a ideologia do Estado de Direito. O autor, assumindo então o caráter argumentativo do Direito, destaca que “o Direito é uma disciplina argumentativa: qualquer que seja a questão ou problema que tenhamos em mente, se os colocarmos como uma questão ou problemas jurídicos, procuraremos uma solução ou resposta em termos de uma proposição que pareça adequada do ponto de vista do Direito (ao menos discutivelmente adequada, ainda que o preferível seja uma proposição definitivamente adequada)”. Isto é, a natureza e o caráter do Direito configuram uma atividade prática, haja vista que ele é aquilo que se esconde atrás de pleitos jurídicos ou de acusações e defesas (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito...*, p. 19-21). Porém, o autor aduz que ainda acredita no Estado de Direito, salientando que a aparente contradição residia em uma afirmação equivocada da ênfase concedida à certeza no Direito. Para MacCormick, “a certeza do Direito é, portanto, uma certeza excepcionável (*defeasible*), sujeita a mudanças. Essa natureza provisória e excepcionável da certeza acaba não sendo, afinal de contas, algo que contrasta com o Caráter Argumentativo do Direito, mas algo que comunga de um fundamento comum com esse caráter. Esse fundamento é a concepção do direito de defesa construída dentro da ideologia do Estado de Direito, compreendido como proteção contra a ação arbitrária dos governos” (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito...*, p. 38).

ação orientada de acordo com a nova lei não será considerada indevida quando os órgãos judicantes vierem a interpretá-la e aplicá-la”.<sup>47</sup>

Em sentido semelhante, Humberto Ávila postula em favor de um conceito de segurança jurídica centrado no controle argumentativo (em vez de um conceito pautado exclusivamente na certeza por meio do conhecimento da determinação prévia), afastando-se da busca de uma “certeza absoluta”, isto é, a certeza para ele afigura-se uma questão de grau. O autor defende uma noção “constatável graças ao uso da linguagem, por meio do conhecimento de critérios e de estruturas hermenêuticas, e no qual o Direito é produto da experiência e resulta da conjugação de aspectos objetivos e subjetivos inerentes à sua aplicação”.<sup>48</sup> Por sua vez, Egon Bockmann Moreira importa as ideias do vencedor do Prêmio Nobel Ilya Prigogine – que no campo das ciências exatas proclamou “o fim das certezas” –,<sup>49</sup> destacando em relação aos contratos administrativos de longa duração, por exemplo, que a instabilidade e a incompletude dos contratos são muito mais relevantes de serem estudadas do que sua pretensa estabilidade. O autor preocupa-se com o papel central que é concedido à certeza no Direito, alertando o risco de se vivenciar uma realidade que não mais existe, “um mundo em que as relações jurídicas não experimentam as vicissitudes do tempo, mas que se blindam em cápsulas de certezas intocáveis”.<sup>50</sup>

Portanto, reduzir a insegurança jurídica a este *grau aceitável* – nunca absoluto, pois pragmaticamente inviável e utópico – trata-se, pois, de garantir a observância do princípio constitucional da segurança jurídica, o que vale também para os setores de infraestrutura. Assim, é a partir dessa perspectiva que se pretende apresentar propostas de mitigação da insegurança na seara da infraestrutura no derradeiro capítulo deste trabalho.

Dando continuidade ao debate acerca do conteúdo do princípio sob análise, costuma-se dizer que a segurança jurídica desponta como um elemento primordial para a consolidação

---

<sup>47</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito...*, p. 14-15.

<sup>48</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 701.

<sup>49</sup> O mencionado cientista Ilya Prigogine foi o vencedor do Prêmio Nobel de Química em 1977 em virtude de suas contribuições à termodinâmica de não-equilíbrio e pela teoria das estruturas dissipativas. As ideias de Prigogine inovam no que diz respeito às leis fundamentais da física que buscam explicar o universo. Segundo Prigogine, “a ciência clássica privilegiava a ordem, a estabilidade, ao passo que em todos os níveis de observação reconhecemos agora o papel primordial das flutuações e da instabilidade (...) desde que a instabilidade é incorporada, a significação das leis da natureza ganha um novo sentido (...) no mundo que é o nosso, descobrimos em todos os níveis flutuações, bifurcações, instabilidades. Os sistemas estáveis que levam a certezas correspondem a idealizações, a aproximações” (PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996, p. 12 e 57).

<sup>50</sup> Segundo Egon Bockmann Moreira, “está na hora de deixarmos de lado a arqueologia jurídica como critério de aplicação das normas e tentarmos construir uma teoria que permita enfrentar os desafios do futuro, que não param de chegar” (MOREIRA, Egon Bockmann. *O fim das certezas*. *Gazeta do Povo*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/o-fim-das-certezas-10h1avwr9qztjcfifkewr9rnf>>. Acesso em: 6 out. 2016).

do Estado Democrático de Direito.<sup>51</sup> Afinal, não pode haver Estado de Direito sem regras de Direito. Valores como a certeza e a segurança jurídica apenas podem ser efetivados à medida que determinado Estado seja governado com regras prévias e que sejam cristalinas em si mesmas.<sup>52</sup> É nesse contexto que José Joaquim Gomes Canotilho anota que alguns dos princípios concretizadores do Estado de Direito consistem nos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos (este compreendido como subprincípio daquele).<sup>53</sup> Segundo Canotilho, o princípio da segurança jurídica exige: “(1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos”.<sup>54</sup> A partir disso, o autor conclui que o princípio pode ser exigível perante qualquer ato dos Poderes estatais, Legislativo, Executivo ou Judicial.<sup>55</sup>

Em relação à noção de Estado de Direito, Pietro Costa indica três pontos cardeais que o caracterizam: o poder político (a soberania, o Estado), o Direito (o Direito objetivo, as normas postas) e, por fim, os indivíduos. Segundo Costa, “o Estado de Direito apresenta-se, em suma, como um meio para atingir um fim: espera-se que ele indique como intervir (através do ‘Direito’) no ‘poder’ com a finalidade de fortalecer a posição dos sujeitos”.<sup>56</sup> Nesse contexto, o autor fala em um “discurso da cidadania” que une os indivíduos e cria uma identidade político-jurídica a fim de limitar o poder do soberano.<sup>57</sup> O indivíduo é retirado da

---

<sup>51</sup> VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 34. Rafael Valim, em estudo específico sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro, infere que “o princípio da segurança jurídica é um dos traços fundamentais do Estado de Direito, sem o qual tem-se um Estado meramente jurídico, orientado tão-só por considerações de oportunidade” (VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro...*, p. 34).

<sup>52</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito...*, 17. Neil MacCormick ensina que: “O Estado de Direito é uma virtude crucial das sociedades civilizadas. Onde o Estado de Direito se estabelece, o governo de um Estado, ou de uma entidade não-estatal como a União Europeia, ou de entidades políticas dentro de um Estado, como a Inglaterra, a Escócia, o País de Gales ou a Irlanda do Norte, é sempre conduzido dentro de uma moldura ditada pelo Direito. Isso garante considerável segurança para a independência e dignidade de cada cidadão. Onde o Direito prevalece, as pessoas podem saber onde estão e o que são capazes de fazer se, se envolverem em processos civis ou terem que enfrentar o sistema de justiça penal” (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito...*, p. 17). O autor, ademais, continua e alega que: “sem ele, não há qualquer possibilidade de realização da dignidade dos seres humanos como participantes independentes, ainda que interdependentes, em atividades públicas e privadas dentro da sociedade” (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito...*, p. 23). Neil MacCormick, todavia, critica a visão do Estado de Direito “de forma estática”, ressaltando que o seu ideal também possui um aspecto dinâmico, caracterizado pelo direito de defesa e, também, pela importância de “deixar tudo aquilo que é contestável ser contestado” (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito...*, p. 42).

<sup>53</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 243 e 251.

<sup>54</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, p. 252.

<sup>55</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, p. 252.

<sup>56</sup> COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 96.

<sup>57</sup> COSTA, Pietro. *O Estado de Direito...*, p. 96-97. Pietro Costa, ao analisar historicamente a concepção de Estado de Direito, propõe uma divisão de três “tempos históricos” nos quais o acontecimento da fórmula

lógica da conexão com os corpos sociais – característica da cultura medieval – para ser representado como um sujeito unitário de necessidades e de direitos, definidos pelos critérios da liberdade e da igualdade. Sendo assim, a lei desponta como o único instrumento capaz de proteger o indivíduo dos arbítrios do poder estatal. “A liberdade e a segurança ‘da pessoa, dos bens’ são os valores finais que a lei permite alcançar na medida em que impede o arbítrio”.<sup>58</sup> Como pode ser constatado, o destaque que os indivíduos e o chamado “discurso da cidadania” assumem com a noção de Estado de Direito elaborada por Pietro Costa estão umbilicalmente conectados à noção de segurança jurídica, como seu elemento crucial.

Além do caráter formal, passou-se a defender em doutrina a concepção material do Estado de Direito,<sup>59</sup> no qual o conceito e a realização concreta da justiça pelo Estado procuram tornar eficazes os direitos fundamentais dos cidadãos. Segundo Carmen Lúcia Antunes Rocha, “não é que se dispense a forma da lei, pois esta continua sendo elemento de segurança jurídica dos indivíduos. Apenas se tem que nem a lei é um fim, nem é a única fonte do Direito, nem é suficiente pela sua só existência, nem significa a justeza do sistema e a justiça do povo”.<sup>60</sup> Portanto, verifica-se que a noção de Estado de Direito formal é unida à noção de Estado de Direito material, de forma que a realização da justiça material não se descole da segurança jurídica que o sistema de Direito garante aos cidadãos.<sup>61</sup> É nesse contexto, portanto, que o presente trabalho não se afastará da noção de Estado Social, consagrado indiscutivelmente no texto constitucional.<sup>62</sup>

No campo específico do denominado Direito Administrativo Econômico a concepção de Estado de Direito assume uma relevância ímpar. Afinal, uma economia em funcionamento necessita de um Estado de Direito capaz de funcionar, que garanta a liberdade econômica dos

---

(Estado de Direito) se desdobra. Primeiramente, o autor fala da *história*, em sentido estrito, do conceito: uma história, pois, que tem início desde o período no qual existe a expressão lexical em análise. Em segundo lugar, o autor fala em um *pré-história*, isto é, apesar de ainda não existir o “nome”, a ideia já existia, destacando que “são reconhecíveis os traços de uma posição que encontrará no Estado de Direito a sua explícita formulação”. E, finalmente, o terceiro e derradeiro tempo, o qual, segundo Pietro Costa, “a tematização da relação poder/direito é, sim, rica e completa, mas também culturalmente muito distante das visões político-jurídicas que constituíram a precondição (a pré-história) da expressão (e do conceito) de Estado de Direito” (COSTA, Pietro. *O Estado de Direito...*, p. 98-99).

<sup>58</sup> COSTA, Pietro. *O Estado de Direito...*, p. 102-103.

<sup>59</sup> WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf; *Direito Administrativo*, vol. I. Trad.: A. F. Souza. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 110.

<sup>60</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes Rocha. *Princípios constitucionais da Administração Pública...*, p. 72-73.

<sup>61</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes Rocha. *Princípios constitucionais da Administração Pública...*, p. 73.

<sup>62</sup> Como será exposto adiante, defende-se a complementaridade entre investimentos públicos e privados na área de infraestrutura, como forma de garantir o desenvolvimento socioeconômico do país.

indivíduos e regule esta seara específica por intermédio do império da lei.<sup>63</sup> No entanto, como dito, a concepção formal de Estado de Direito não deve ser dissociada do seu aspecto material e, por consequência, descolar-se do Estado Social consagrado pela Constituição Federal.

Com efeito, o princípio da segurança jurídica, como pilar indissociável do Estado Democrático de Direito, torna-se um expediente essencial para a defesa da posição jurídica dos indivíduos contra a possibilidade de arbítrio por parte do Estado. Trata-se, por assim dizer, da respeitabilidade da ação do cidadão por meio da moderação estatal.<sup>64</sup> Nesse sentido, em estudo tradicional dedicado ao princípio da segurança jurídica, Almiro do Couto e Silva defende a ideia de que o princípio configura um dos pilares de sustentação do Estado de Direito.<sup>65</sup> Couto e Silva, ao debater sobre o conflito entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica, critica a ênfase excessiva concedida ao primeiro pela Administração Pública brasileira, e afirma que “desfigura-se o Estado de Direito, pois se lhe tira um dos seus mais fortes pilares de sustentação, que é o princípio da segurança jurídica (...)”.<sup>66</sup> No mesmo sentido, Lucia Valle Figueiredo ensina que diante de situações fáticas constituídas, rever, por exemplo, eventuais promoções indevidas de servidores públicos, configura uma ofensa ao princípio da segurança jurídica, “princípio maior de todos” na palavra da autora.<sup>67</sup> Portanto, o

---

<sup>63</sup> STOBER, Rolf. *Direito Administrativo Econômico Geral*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 138.

<sup>64</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 684. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, nesse passo, a respeito do princípio da segurança jurídica, destaca que: “*la seguridad jurídica se refiere a la existencia de reglas ciertas de Derecho que contribuyan a que los operadores jurídicos sepan en todo momento a qué atenerse*” (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 143).

<sup>65</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 13-31, 2003, p. 14 e 31.

<sup>66</sup> A respeito do aparente *dever* da Administração Pública em anular atos ilegais, salienta Almiro do Couto e Silva o seguinte: “o dever (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos só existe, quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica o interesse público recomende que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente terá o dever (e não o poder) de não anular. Porque se deu a sanatória do inválido, pela junção da boa-fé dos interessados com a tolerância da Administração e com o razoável lapso de tempo transcorrido” (COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da Legalidade da Administração Pública..., p. 31). E, continua, alegando que “a Administração Pública brasileira, na quase generalidade dos casos, aplica o princípio da legalidade, esquecendo-se completamente do princípio da segurança jurídica. A doutrina e jurisprudência nacionais, com as ressalvas apontadas, têm sido muito tímidas na afirmação do princípio da segurança jurídica (COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da Legalidade da Administração Pública..., p. 31). Nesse mesmo sentido, Cristiana Fortini reforça tal entendimento e declara que “admitir que a anulação ocorra sempre, a qualquer momento, como dever inafastável, desconstituindo as situações anteriores sem qualquer tipo de cautela, equivale a desprezar os demais ‘integrantes’ da ordem jurídica” (FORTINI, Cristiana. Princípio da segurança jurídica e a Lei nº 9.784/99. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 466).

<sup>67</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 236.



princípio da segurança jurídica, em primeiro lugar, revela-se como um instrumento essencial para afastar a possibilidade de arbítrio estatal.

Contudo, a utilização desenfreada e equivocada do conceito de segurança jurídica – especialmente considerando a abertura de sua cláusula (haja vista que pode ser encarado como um conceito indeterminado) –, pode servir, justamente, do modo totalmente oposto, isto é, como um instrumento para aumentar o poder do Estado frente aos cidadãos, indo de encontro ao ideal tradicional do Estado de Direito (controle do poder estatal). Como exemplo concreto desta aplicação equívoca, tem-se que a partir da vigência do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, a regra da inconstitucionalidade de determinada norma que opera efeitos retroativos, isto é, efeitos *ex tunc*, pode ser alterada pela maioria qualificada do Supremo Tribunal Federal, que pode optar pela eficácia *ex nunc*, ou, ainda, estabelecer outro momento no futuro para a inconstitucionalidade gerar efeitos, a denominada eficácia prospectiva da decisão (efeitos *pro futuro*). Vale dizer, o STF possui o poder de modular os efeitos da inconstitucionalidade com fundamentação baseada em conceitos altamente amplos e genéricos, como “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”.<sup>68</sup> Nesse viés, denota-se que o princípio em questão pode ser manipulado de forma arbitrária pelo Estado sem um processo de redução de ambiguidades (como denomina Humberto Ávila). Sem tal processo, não há como definir nem “o fim” nem “os meios” necessários à realização do princípio da segurança jurídica. “O essencial é que sem perscrutar os vários aspectos da segurança jurídica não é possível compreender o seu sentido e o seu alcance”.<sup>69</sup> Ávila destaca que a segurança jurídica não pode ser utilizada pelo Estado no caso de leis declaradas inconstitucionais em razão do caráter protetivo do cidadão, alegando que “além de não poder ser usada pelo Estado para suportar a restrição dos direitos fundamentais de liberdade, não pode justificar a manutenção de efeitos, no caso da instituição de obrigações tributárias, pois tal procedimento mais restringe do que promove a segurança jurídica”.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> Lenio Luiz Streck questiona tal poder e lembra que a disposição do prazo para início da eficácia da decisão enfraquece a força normativa da Constituição, em razão da possibilidade de modulação dos efeitos, a partir de conceitos abertos e deveras vagos (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 544-545). No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet critica frontalmente esta ampliação de poderes do STF, ressaltando tratar-se de uma “margem de arbítrio sem precedentes” no Direito Constitucional contemporâneo, evidenciando o tema do ativismo judicial (SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado - REDE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 19, jul./ago./set., 2009, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-19-JULHO-2009-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2016, p. 10-11).

<sup>69</sup> Humberto Ávila salienta que “o conceito de segurança jurídica precisa ser progressivamente especificado, sob pena de o próprio conceito de segurança jurídica ser um instrumento de insegurança jurídica” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 132).

<sup>70</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 705-706.

Na seara do Direito Administrativo, é clássica a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello para o qual o princípio em questão configura um dos princípios que conformam o regime jurídico-administrativo. Como já dito, para este autor a noção de princípio assume a ideia de mandamento nuclear do sistema. E não é diferente em relação ao princípio da segurança jurídica, que assume a posição de disposição fundamental do sistema de Direito Público.<sup>71</sup>

Para além do controle do poder estatal e sua associação umbilical com a ideia de Estado de Direito, o princípio da segurança jurídica possui um conteúdo deveras denso, podendo ser esquematizado em duas dimensões, a estática e a dinâmica. A primeira trata do problema do conhecimento do Direito (a “segurança do Direito”), enquanto a segunda refere-se aos problemas de realização do Direito (a “segurança pelo Direito”).<sup>72</sup> A esquematização adotada nesta dissertação, destarte, adotará a tese proposta por Humberto Ávila em sua *Teoria da Segurança Jurídica*. Para este autor, o princípio da segurança jurídica configura um ideal normativo de primeira grandeza, sendo que o seu ideal maior (segurança jurídica) é a soma de ideais parciais (a cognoscibilidade, no tocante à dimensão estática, e a confiabilidade e a calculabilidade, no que diz respeito à dimensão dinâmica do princípio). Na sua exigência de *cognoscibilidade*, o princípio objetiva servir de instrumento para o cidadão, de forma a impedir que este, pautando a sua ação no ordenamento jurídico, venha a *se enganar ou se confundir* em relação ao que faz. No seu objetivo de *confiabilidade*, a segurança jurídica busca garantir e consolidar a estabilidade do Direito, preservando o passado no presente e evitando que o cidadão seja *frustrado* em relação à sua ação. E, finalmente, no seu ideal de *calculabilidade*, o princípio favorece a continuidade do Direito, resguardando o presente no futuro, impedindo que o cidadão seja *surpreendido* em relação à sua conduta. Além do mais, Ávila defende que o ideal de cognoscibilidade configura um pressuposto para a concretização dos ideais de confiabilidade e calculabilidade: isto é, para existir confiabilidade e calculabilidade (a realização do Direito) é preciso existir antes cognoscibilidade (o conhecimento do Direito). Para que o Direito seja estável, ele precisa antes ser conhecido.<sup>73</sup> O autor, assim, aduz que o princípio, ao se destinar a evitar o engano, a frustração e a surpresa, concretiza o ideal de respeitabilidade do cidadão, que é realizado com *inteligibilidade*, *lealdade* e *suavidade* da atuação estatal. Nas palavras de Ávila: “o conjunto desses ideais materializa, a seu turno, um ideal maior de moderação estatal. O princípio da segurança

<sup>71</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...*, p. 128.

<sup>72</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 353.

<sup>73</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 307.

jurídica exige, conseqüentemente, a respeitabilidade da ação do contribuinte por meio da *moderação estatal*”.<sup>74</sup>

Por seu turno, Rafael Valim aduz que a classificação que expõe o princípio com maior abrangência leva em consideração dois núcleos conceituais, quais sejam, a certeza e a estabilidade.<sup>75</sup> O aspecto da “certeza” indica que, para os cidadãos possam prever as suas ações e suas respectivas conseqüências, é necessário saber qual é a norma jurídica aplicável e o sentido deôntico que decorre desta norma. “Em outras palavras, é imperioso que o indivíduo saiba, dentro de critérios objetivos e de antemão, as normas jurídicas que incidirão sobre o seu comportamento e sobre o comportamento dos demais, sem o quê não é dado exigir os respectivos comportamentos”.<sup>76</sup> O autor leciona que isto implica aspectos técnicos-formais que se materializam na certeza da vigência, da projeção temporal e do conteúdo das normas jurídicas. Por outro lado, o aspecto da “estabilidade” complementa o significado do princípio da segurança jurídica. Segundo Rafael Valim, “nem é preciso dizer que nada significaria a previsibilidade se as projeções que dela decorrem e que norteiam a ação do administrado pudessem ser desfeitas, a qualquer tempo, pelo Estado”.<sup>77</sup> Assim, no âmbito da estabilidade, avalia-se a questão do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, assim como a proteção à confiança legítima dos cidadãos.<sup>78</sup>

Percebe-se, pois, que enquanto para Ávila a *dimensão estática* do princípio da segurança jurídica é determinada pelo ideal de cognoscibilidade, para Valim tal ideal corresponde ao aspecto da certeza do aludido princípio. Por outro lado, para Ávila, a *dimensão dinâmica* do princípio é determinada pelos ideais de calculabilidade e confiabilidade, que correspondem ao ideal de estabilidade defendido por Valim.

Nesse contexto, ao salientar acerca da função de orientação do Direito aos cidadãos, Eberhard Schmidt-Assmann evidencia a *dimensão estática* do princípio da segurança jurídica. O autor leciona que o Direito deve assegurar a “*garantía a las expectativas sociales que surgen en el plano de las conductas y de las acciones de los distintos sujetos; en otras*

---

<sup>74</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 684. O conceito do princípio da segurança jurídica, na teoria de Humberto Ávila, é o seguinte: “uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor de respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsavelmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 698).

<sup>75</sup> VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro...*, p. 46.

<sup>76</sup> VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro...*, p. 47.

<sup>77</sup> VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro...*, p. 47.

<sup>78</sup> VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro...*, p. 47.

*palabras, tiene atribuida una función de orientación*”.<sup>79</sup> Como será abordado ao longo do trabalho, inovações legislativas que possuem alto teor de complexidade e indeterminação, por exemplo, acabam por prejudicar a função de orientação do Direito, confundindo e enganando a atuação dos indivíduos. O ordenamento jurídico deve, pois, servir como um instrumento de segurança dos cidadãos. É o que José Afonso da Silva chama de “segurança do direito”, ou seja, direito à proteção do direito objetivo, à sua positividade.<sup>80</sup>

Mas é por meio da chamada *dimensão dinâmica* (em relação aos ideais de confiabilidade e calculabilidade) que o princípio da segurança jurídica costuma-se manifestar rotineiramente no Direito Administrativo. Por exemplo, Odete Medauar aduz que a proibição de retroatividade das leis e dos atos administrativos consiste em uma das decorrências básicas da segurança jurídica na seara do Direito Público.<sup>81</sup> A autora destaca o *princípio da confiança legítima* como um dos principais desdobramentos do princípio da segurança jurídica, salientando que a proteção da confiança se relaciona à continuidade das leis e à confiança dos indivíduos na subsistência das normas jurídicas.<sup>82</sup> É certo que o princípio da confiança legítima não protege os cidadãos em face de toda alteração legal, entretanto, Medauar destaca que ele se apresenta como uma proteção mais ampla do que a dos direitos adquiridos, visto que abrange direitos que ainda não foram adquiridos, mas que se encontram em vias de constituição ou suscetíveis de se constituir.<sup>83</sup> Salienta, ademais, que o princípio em questão

---

<sup>79</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo..., p. 27.

<sup>80</sup> SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 19.

<sup>81</sup> MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 116.

<sup>82</sup> MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima..., p. 117.

<sup>83</sup> No Direito brasileiro, a aplicação das normas administrativas no tempo se faz tradicionalmente com o apoio dos limites clássicos constituídos pelas garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (e, ainda, pela noção de fato consumado). Tais garantias protegem a confiança do cidadão contra a chamada retroatividade própria (fatos e situações que se iniciaram e foram concluídas no passado). Por outro lado, em relação à retroatividade imprópria (situações ou relações que se iniciaram no passado e ainda se encontram em curso), o Direito positivo não oferece, pelo menos a princípio, uma proteção. As expectativas dos cidadãos depositadas na estabilidade de determinado regime normativo simplesmente não são tuteladas pelo ordenamento jurídico nacional. É em relação a estes casos, portanto, que o princípio da proteção da confiança adquire importância. Segundo Patrícia Baptista, a partir da análise do Direito Comparado, é possível indicar quatro consequências possíveis para a incidência do referido princípio no âmbito do poder normativo da Administração: i) o estabelecimento de medidas de transição; ii) a observância do termo de vigência fixado para a norma revogada; iii) a outorga de uma indenização compensatória pela frustração da confiança; e iv) a exclusão do indivíduo da nova regulamentação (BAPTISTA, Patrícia. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da Administração Pública. A proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limites à retroatividade normativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE*, Salvador, Instituto de Direito Público, n. 11, jul./ago./set., 2007, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-11-JULHO-2007-PATRICIA%20BATISTA.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016, p. 5-9 e 16).

também diz respeito à realização de promessas da Administração Pública que geraram, no cidadão, esperanças fundadas; objetiva a proteger os cidadãos em face de alterações legislativas que, mesmo legais, são de tal modo bruscas e drásticas que suas consequências revelam-se impactantes.<sup>84</sup> Como se observará no decorrer deste trabalho, estas mudanças bruscas ocorrem frequentemente em setores econômicos. Nesse passo, um dos instrumentos estudados para a mitigação da insegurança será o estabelecimento de normas de transição em marcos regulatórios da infraestrutura; e o princípio da confiança será essencial para minimizar os efeitos gerados pelas alterações normativas bruscas e drásticas.

As manifestações do princípio da segurança jurídica no texto constitucional podem ser demonstradas em vários momentos. Por exemplo, partindo do conceito de que o direito subjetivo consiste na realização efetiva de um interesse juridicamente protegido, tem-se que determinada lei nova, que revogou aquela sob cujo império formou-se o direito subjetivo, não pode prevalecer em detrimento da antiga. Trata-se de uma garantia constitucional consolidada no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, sob a disposição de que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.<sup>85</sup>

Quando se fala em ato jurídico perfeito, se está diante de uma questão puramente formal, ou seja, da realização *in concreto* do conteúdo da norma em vigência durante o momento de sua realização, em que se verifica o cumprimento de todas as exigências legais à época de sua vigência.<sup>86</sup> Vale dizer, trata-se de um direito subjetivo não apenas incorporado, mas já efetivamente exercido pelo seu titular. De outra parte, o cumprimento de requisitos para o futuro exercício de direitos gera o denominado direito adquirido. A ofensa em um

---

<sup>84</sup> MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima..., p. 117. A respeito do princípio da confiança legítima como desdobramento da segurança jurídica, Juarez Freitas aponta que tal princípio deve ocupar um lugar de destaque no controle das relações da Administração Pública. Para o autor, “é essencial elevar a confiabilidade das instituições públicas, razão pela qual se impõe o controle mais qualitativo das políticas públicas, no sentido de promover forte redução da insegurança jurídica” (FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 83-84). Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, por seu turno, ao fazer menção à existência de um direito fundamental à boa Administração Pública, destaca o princípio da confiança legítima como um de seus corolários. Segundo o aludido autor, o princípio preceitua que a atuação da Administração não pode afrontar as expectativas que razoavelmente tenha gerado no passado. Para o autor, “hoje, no século XXI, o cidadão, como já observamos, já não é um sujeito inerte à mercê dos caprichos do poder. Hoje o cidadão participa na determinação do interesse geral que não é mais definido unilateralmente pela Administração Pública” (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 158-159 e 171). Já Maria Sylvia Zanella di Pietro ressalta que se o Poder Público adotou determinada interpretação, não pode posteriormente, por respeito à boa-fé, anular os atos anteriores, sob o argumento de que eles foram praticados pautados em uma interpretação equivocada (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 85).

<sup>85</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*..., p. 434-435.

<sup>86</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 226.

momento posterior dos direitos subjetivos adquiridos no contexto de uma norma já não mais em vigor prejudicaria o interesse de seus titulares e instauraria uma situação de desordem social. Regina Maria Macedo Nery Ferrari destaca que “o ato jurídico perfeito gera o direito adquirido. (...) Portanto, quando se fala em direito adquirido é porque decorre, na maior parte das vezes, de um ato jurídico perfeito, que é o que lhe dá embasamento em decorrência de ter sido realizado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.<sup>87</sup> Com efeito, a irretroatividade da norma em face aos direitos incorporados mas ainda não exercidos pelo seu titular (às vezes pela falta de alguma condição futura) configura uma garantia constitucional de natureza pétrea.<sup>88</sup> Maria Coeli Simões Pires declara que “o direito adquirido é a expressão

---

<sup>87</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade..., p. 226.

<sup>88</sup> Uma controvérsia a respeito do assunto consiste em confrontar uma situação concreta de direito adquirido ou ato jurídico perfeito com a ordem instalada a partir da edição de emenda constitucional. Nessa hipótese, surgem pelo menos duas correntes: i) uma, que defende que o poder de reforma está condicionado a respeitar todo e qualquer direito adquirido; ii) e outra, sob o genérico argumento de que não há direito adquirido contra a Constituição, na qual é defendida a tese de que o poder de reforma não encontra qualquer limitação. O Supremo Tribunal Federal, através do julgamento da ADIn nº 3.105 assentou o segundo entendimento, isto é, da não admissão de que a garantia do direito adquirido possa retratar limite ao poder de reforma, ao sustentar que a expressão “lei”, inserida no art. 5º, XXXVI, do texto constitucional, deve ser entendida em sua concepção restrita, não abrangendo o poder de reforma constitucional. Somente o legislador infraconstitucional, dessa forma, estaria submetido a respeitar o direito adquirido. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes lembra que: “o princípio constitucional do direito adquirido não se mostra apto a proteger as posições jurídicas contra eventuais mudanças dos institutos jurídicos ou dos próprios estatutos jurídicos previamente fixados” (MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários ao artigo 5º, inciso XXXVI. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 369). Segundo a tese do STF, portanto, contra a Constituição não se aplicaria o princípio da segurança jurídica; entretanto, como lembra Romeu Felipe Bacellar Filho, quando a Constituição deseja, as ressalvas são incluídas expressamente em seu texto originário. Nesse passo, o autor cita o exemplo concreto disposto no artigo 17 do ADCT em que a Constituição de forma expressa obsta a utilização do direito adquirido. Segundo o aludido dispositivo, *in verbis*: “os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título”. Para Romeu Felipe Bacellar Filho, o Poder Reformador da Constituição, obviamente, não pode ser tido como absoluto: “é imperioso contermos os impulsos reformadores e, com o devido respeito, defender que não é razoável, diante de nossa história, aceitar um poder de reforma absoluto” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, abr./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=67732>>. Acesso em: 7 jul. 2015). No mesmo sentido do referido autor, Carlos Ayres Britto e Valmir Pontes Filho lecionam que se as emendas não foram incluídas na disposição literal do inciso XXXVI do artigo 5º, isto se deu tão somente em virtude de que o direito ali disposto é exclusivamente o concedido por lei, isto é, não o concedido pela Constituição (em sua concepção originária). Os direitos subjetivos “uma vez adquiridos, seja qual for a respectiva natureza (direito individual, social, político, funcional etc.) não mais se expõem a lesão por conduto de reforma constitucional. A normatividade das emendas, no caso, já nasce etiquetada com o signo do ‘doravante’, e jamais com o timbre do ‘desde sempre’” (BRITTO, Carlos Ayres; PONTES FILHO, Valmir. Direito adquirido contra as emendas constitucionais. In. MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Administrativo e Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 156-157). Por conseguinte, deve-se ter em vista que o próprio texto constitucional impõe limites ao Poder Reformador ao estabelecer, por exemplo, as cláusulas pétreas e as circunstâncias específicas em que se deve dar a possibilidade de reformar a Constituição Federal por meio de emendas. Destarte, à luz do que preceitua o artigo 5º, inciso XXXVI, deve-se interpretar o termo “lei” ali disposto em um sentido amplo ou seja, deve se entender o termo como lei em sentido material,

mais evoluída da segurança jurídica, contra a retrooperância da lei, assentada na lógica de sobrevivência da lei antiga”.<sup>89</sup>

A despeito de em nenhum momento a Constituição tenha feito menção expressa à existência do princípio da segurança jurídica, tem-se como inegável o seu caráter constitucional. Romeu Felipe Bacellar Filho aduz, nesse vértice, que “se não há expressamente mencionado no texto constitucional, um princípio da segurança das relações jurídicas, é evidente que da leitura atenta dos preceptivos da Constituição extraem-se além dos princípios explícitos também os princípios implícitos”.<sup>90</sup> Nesse mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet também destaca seu o *status* constitucional a partir da análise de alguns dispositivos da Constituição, como o princípio da legalidade e do correspondente direito de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5º, inciso II). Ademais, como já foi dito no início desta dissertação, a Constituição concedeu à segurança a qualidade de valor constitucional no seu Preâmbulo e a incluiu no seletivo elenco dos direitos invioláveis arrolados no *caput* do artigo 5º, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade.<sup>91</sup>

Humberto Ávila lembra que o importante é que a Constituição Federal, além de exigir a promoção do princípio da segurança jurídica, corporifica-o pela preocupação, desde o início, com os ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade, haja vista a

---

abrangendo-se também as emendas constitucionais. Tais espécies normativas também estão submetidas e devem sim respeitar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito (GABARDO, Emerson; VALIATI, Thiago Priess; A inconstitucionalidade da instituição de contribuição previdenciária para servidores inativos. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 270, p. 243-282, set./dez. 2015).

<sup>89</sup> PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 697-698.

<sup>90</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A segurança jurídica e as alterações no regime jurídico do servidor público. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 201.

<sup>91</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 111-156, out./dez; 2005, p. 5-6. Fernando Dias Menezes de Almeida, por seu turno, lembra que a Constituição realizou menção, ainda que indireta, à segurança jurídica com o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, ao justificar o cabimento da súmula vinculante (ALMEIDA. Fernando Menezes de. Princípios da Administração Pública e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 55). Ademais disso, o Supremo Tribunal Federal tem enveredado esforços para explicitar o fundamento constitucional do princípio da segurança jurídica. Nesse sentido, Fernando Dias Menezes de Almeida indica alguns julgados do STF que explicitam a natureza constitucional do princípio da segurança jurídica: MS nº 22.357. Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 27.05.2004; RE nº 348.364-AgR. Rel. Eros Grau. Primeira Turma. Julgado em 14.12.2004; MS nº 24.448. Rel. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 27.09.2007; RE nº 587.604 AgR. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 16.12.2008). O mencionado autor, nesse sentido, destaca que o STF reiteradamente indica a cláusula do Estado de Direito (artigo 1º) como a sede constitucional do princípio sob análise (ALMEIDA. Fernando Menezes de. Princípios da Administração Pública e segurança jurídica..., p. 57).

ênfase que atribui à limitação do poder e à garantia dos direitos fundamentais.<sup>92</sup> A análise da estrutura constitucional<sup>93</sup> demonstra que a segurança jurídica configura um princípio indiscutível na Constituição, visto que esta a protege diretamente, ao consolidar a segurança como um “direito” e como um “valor” ou regram a sua eficácia mediante a proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.<sup>94</sup> E, ainda, indiretamente, ao prever comportamentos que promovem ideais de calculabilidade e de confiabilidade ou ao estabelecer ideais, amplos, restritos ou específicos, cuja realização presume a existência destes mesmos ideais. O autor destaca que a Constituição “não apenas garante a segurança jurídica, como ainda a protege em várias das suas dimensões, isto é, como segurança *do* Direito, *pelo* Direito, *frente ao* Direito, *dos* direitos e *como* um direito”.<sup>95</sup> Finalmente, Ávila destaca que a Constituição protege a segurança jurídica em favor do cidadão e frente ao Estado,<sup>96</sup> retomando aqui a concepção de “discurso da cidadania” relacionada ao conceito de Estado de Direito elaborado por Pietro Costa (segurança jurídica como uma garantia frente à possibilidade de arbítrio estatal).<sup>97</sup> Vale dizer, o conceito de segurança jurídica concretiza o ideal de respeitabilidade por parte do Estado em relação às condutas de seus cidadãos. Assim, o princípio da segurança jurídica, quanto ao seu *aspecto subjetivo* referente ao *beneficiário* na seara específica da infraestrutura, destina-se a proteger os agentes econômicos, investidores nos setores de infraestrutura, e os cidadãos, que usufruem destas mesmas infraestruturas, muitas vezes como usuários de serviços públicos; e, no que diz respeito ao *aspecto subjetivo de quem deve garantir*, trata-se do Estado, conforme já referido, pelos três Poderes Públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Evidente, pois, o *status* constitucional que adquire o princípio da segurança jurídica no Direito brasileiro; o princípio desponta como um elemento crucial para a configuração do

---

<sup>92</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 681. O autor ainda salienta que “a análise da superestrutura constitucional revela que a CF/88 não é apenas uma Constituição que protege a segurança jurídica, mas também uma Constituição que consubstancia a própria segurança jurídica: por ser mais uma Constituição regulatória do que principiológica, ela insiste em estabelecer quais são as autoridades competentes, quais são os atos a serem editados, quais são os conteúdos a serem regulados, quais são os procedimentos a serem seguidos, quais são as matérias a serem tratadas, favorecendo, com essas prescrições, os ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade normativas” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 687).

<sup>93</sup> Por “estrutura constitucional” Humberto Ávila fala das partes, enquanto de “superestrutura” do conjunto constitucional.

<sup>94</sup> Cristiana Fortini também evidencia o *status* constitucional do princípio da segurança jurídica a partir da previsão das garantias da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido (FORTINI, Cristiana. Princípio da segurança jurídica e sua influência na revogação das licitações. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 95).

<sup>95</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 687-688.

<sup>96</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 688.

<sup>97</sup> COSTA, Pietro. *O Estado de Direito...*, p. 96-97.



Estado Democrático de Direito e possui inegável importância na seara do Direito Público (trata-se precipuamente de uma *disposição fundamental* do Direito Público). Não é diferente em relação aos setores de infraestrutura. O princípio em questão, como será detalhadamente observado na sequência, assume um papel crucial em tal seara, em que diversos serviços públicos interconectados às infraestruturas essenciais para o desenvolvimento do Estado são prestados por agentes econômicos privados, que necessitam de segurança para realizar os investimentos necessários.<sup>98</sup> Assim, na sequência passa-se à análise da infraestrutura e de sua conexão direta com o princípio constitucional da segurança jurídica.

## 1.2 Direito e infraestrutura: o que é a infraestrutura?

Após a exposição a respeito do conteúdo do princípio de segurança jurídica realizada no subcapítulo anterior, faz-se necessário agora expor a noção de infraestrutura que será utilizada no presente trabalho, bem como acerca da relação que assume com o mencionado princípio. Entretanto, antes de adentrar na apresentação dos aludidos conceitos, faz-se mister um esclarecimento preliminar.

Na presente dissertação não será utilizada a expressão “Direito da Infraestrutura”, como outras obras sobre o tema já fizeram.<sup>99</sup> Vale dizer, não se reconhece no presente trabalho a autonomia disciplinar de um campo do saber jurídico intitulado de “Direito da Infraestrutura”; prefere-se abordar a infraestrutura a partir de sua indiscutível relação com o Direito (ou seja, Direito e infraestrutura), mas sem assumir a autonomia desta pretensa disciplina jurídica.

Manuel Afonso Vaz, ao debater acerca da autonomia do Direito Econômico, indica os elementos típicos que geralmente são apontados como informadores da autonomia de uma disciplina: o elemento material (objeto), o elemento espiritual (finalístico) e o elemento metodológico. Assim, o autor reconhece a autonomia disciplinar do chamado Direito

---

<sup>98</sup> Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, a respeito da segurança jurídica na seara do Direito Administrativo Econômico, destacam que se trata de “princípio celebrado pelo Direito como fundamental para reduzir incertezas, pois sem ela os agentes econômicos não sabem como serão resolvidos os conflitos que podem surgir” (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 240). Nesse mesmo sentido, destaca Emerson Gabardo que: “a segurança jurídica exige regras claras sobre as situações em que deve ser permitida a atuação do Estado e naquelas em que não é permitida, principalmente no tocante às atividades econômicas” (GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e o mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 234).

<sup>99</sup> É o caso, por exemplo, de André Castro Carvalho. O autor entende que o “Direito da Infraestrutura seria um ramo de estudo relacionado a qualquer tipo de relação jurídica que envolva as infraestruturas públicas, seja por meio de investimentos públicos ou privados” (CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 118).

Econômico, tendo em vista o reconhecimento da presença destes três elementos caracterizadores. O elemento material configurar-se-ia na atividade econômica produtiva; o elemento finalístico configuraria a realização do interesse geral (que confere uma característica de coesão a todo um sistema de regras e princípios); e o elemento metodológico consistiria nas características específicas que as normas de conteúdo econômico possuem em relação às demais normas jurídicas.<sup>100</sup>

Por outro lado, em relação à existência da suposta disciplina intitulada “Direito da Infraestrutura”, não é possível indicar exatamente a configuração destes três elementos (material, finalístico e metodológico), haja vista que a maioria das normas jurídicas que tratam de infraestrutura (como, por exemplo, as legislações que tratam de contratos administrativos e parcerias público-privadas) normalmente são enquadradas como normas de Direito Administrativo ou, até mesmo, de Direito Econômico. Com efeito, não é possível atribuir uma característica específica às normas que tratam de infraestrutura, que as distinguiriam em relação às demais normas do ordenamento jurídico. Segundo André Castro Carvalho, pertenceria ao campo de estudo do “Direito da Infraestrutura”, por exemplo, o estudo de medidas governamentais com o fim de se promover a infraestrutura nacional, como o planejamento estatal ou o uso de parceria público-privadas.<sup>101</sup> Todavia, como dito, o estudo destes instrumentos tradicionalmente integra o objeto de estudo de outras disciplinas jurídicas, não sendo prudente falar, portanto, na autonomia e metodologia específica de normas que tratem a respeito de infraestrutura. O próprio André Castro Carvalho reconhece que a suposta disciplina jurídica engloba conceitos de quase todas as áreas do Direito, sendo uma disciplina ainda em construção.<sup>102</sup>

Portanto, no presente trabalho não se afirma a existência de uma área específica do saber jurídico denominada “Direito da Infraestrutura”. Optou-se, por outro lado, por tratar da indiscutível relação existente entre Direito e infraestrutura, isto é, optou-se por fazer uma leitura jurídica da infraestrutura, a partir do Direito Público, analisando-se as normas e institutos jurídicos que impactam em tal matéria.

Feito tal esclarecimento, passa-se à análise propriamente dita da infraestrutura. Dessa forma, no presente subcapítulo será exposto, em primeiro lugar, o conceito de infraestrutura, além da sua importância para o desenvolvimento socioeconômico do país. Após, será apresentada a relação direta existente entre o princípio da segurança jurídica e os setores de

---

<sup>100</sup> VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico*. 4. ed. Coimbra Editora, 1998, p. 28-31.

<sup>101</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 118.

<sup>102</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 118.

infraestrutura, bem como o conceito de marco regulatório, imprescindível para a análise das alterações normativas regulatórias (que serão analisadas no capítulo posterior).

### **1.2.1 O conceito de infraestrutura e sua importância para o desenvolvimento socioeconômico nacional**

Apesar de não se admitir a existência de uma disciplina jurídica denominada “Direito da Infraestrutura”, tem-se como indiscutível – como será apresentado neste subcapítulo – a sua importância para o Direito, especialmente a partir de uma perspectiva pública, considerando a sua utilização estratégica por parte do Estado na busca pelo desenvolvimento. Mas o que efetivamente é a infraestrutura?

Inicialmente, em uma primeira tentativa de delineação do conceito, pode-se conceder ênfase às *espécies* de infraestrutura (transportes, energia, saneamento etc.), isto é, evidenciando os exemplos. Nesse passo, de um modo tradicional, o setor de infraestrutura compreende alguns mercados específicos como o de telecomunicações, gás natural, energia elétrica, saneamento básico, transporte urbano, rodoviário e ferroviário, portos e aeroportos.<sup>103</sup> O Instituto de Política Econômica Aplicada (IPEA) separa a noção em infraestrutura social e urbana e infraestrutura econômica. A primeira (social e urbana) é constituída por habitação, saneamento e transporte urbano; já a econômica, que possui função de dar apoio às atividades do setor produtivo, abarca os setores de rodovias, ferrovias, portos, aeroportos, energia, biocombustíveis e telecomunicações.<sup>104</sup>

Segundo André Castro Carvalho, e ainda sob um viés taxonômico, a infraestrutura consiste em um gênero, que se subdivide em setores operados por indústrias em espécies determinadas (subsistemas físicos). Estes setores, na visão do autor, são representados atualmente por quatro categorias básicas: saneamento básico, telecomunicações, energia e transportes. E, como indústrias, consideram-se aquelas que exploram a própria infraestrutura e respectivos serviços públicos, a exemplo da distribuição de gás, energia, água, esgoto e transporte público, dentro dos respectivos subsistemas físicos (rodovias, ferrovias, portos, aeroportos, hidrovias, antenas de telecomunicações etc.).<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> COUTINHO, Diogo Rosenthal. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa de regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 65.

<sup>104</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Infraestrutura econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025*. Série Eixos Estratégicos do Desenvolvimento Brasileiro; Infraestrutura Econômica, Social e Urbana; Livro 6. Brasília: IPEA, 2010.v.1, p. 15.

<sup>105</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 178.

No âmbito normativo, o Decreto nº 8.874/2016 – que regulamenta as condições para aprovação dos projetos de investimentos considerados como prioritários na área de infraestrutura ou de produção econômica intensiva em pesquisa, desenvolvimento e inovação (Lei nº 12.431/2011, artigo 2º) –, sistematizou o tema no Direito nacional sob o viés taxonômico. Segundo o diploma legal em questão, os setores de infraestrutura são os seguintes: logística e transporte, mobilidade urbana, energia, telecomunicações, radiodifusão, saneamento básico e irrigação.<sup>106</sup> O relevante é destacar que se trata de uma das iniciativas normativas existentes para se definir o que vem a ser adotado como “infraestrutura” no contexto do Direito brasileiro – apesar de indiretamente, com a finalidade de investimento, evidenciando-se os setores considerados prioritários.<sup>107</sup>

Constata-se, assim, que são diversos os setores de infraestrutura econômica que necessitam ser regulados pelo Poder Público. Todavia, ao se elencar diversos setores que podem integrar o conceito, como as mencionadas classificações fazem, não se alcança a definição em si de infraestrutura, tão somente evidenciam-se os exemplos. Mas o que todos estes setores possuem em comum? Qual é o denominador comum destes setores de modo que seja possível agrupá-los em uma mesma definição de infraestrutura?

Fernando Fróes adverte que não existe uma definição precisa de quais segmentos e equipamentos integram a infraestrutura de um determinado país. Para o autor, todavia, existem alguns elementos que estão presentes em todos os segmentos: i) a infraestrutura pública é formada por um grupo de equipamentos e serviços que são imprescindíveis para a criação e funcionamento de uma organização ou, ainda, viabilizar alguma atividade de cunho econômico; ii) toda a infraestrutura de um determinado país consiste em uma obra ou uma instalação, no sentido de que foi criada de forma artificial; iii) a infraestrutura pública está geralmente associada à exploração de um serviço público; e, finalmente, iv) a Administração é geralmente a titular da infraestrutura pública.<sup>108</sup> Além do mais, os investimentos realizados em setores dispostos em lei como integrantes da infraestrutura pública são regulamentados

---

<sup>106</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 168. O referido dispositivo dispõe o seguinte: “Art. 1º. Este Decreto regulamenta as condições para aprovação dos projetos de investimento considerados como prioritários na área de infraestrutura ou de produção econômica intensiva em pesquisa, desenvolvimento e inovação, para efeito do disposto no art. 2º da Lei nº 12.431, de 24 de junho de 2011. (...) § 1º Os projetos de investimento devem visar à implantação, ampliação, manutenção, recuperação, adequação ou modernização de empreendimentos em infraestrutura, entre outros, dos seguintes setores: I - logística e transporte; II - mobilidade urbana; III - energia; IV - telecomunicações; V - radiodifusão; VI - saneamento básico; e VII – irrigação”.

<sup>107</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 169.

<sup>108</sup> FRÓES, Fernando. Infra-estrutura pública: conceitos, importância e intervenção. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). *Curso de direito administrativo econômico*. v. II. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 220.

<sup>108</sup> FRÓES, Fernando. Infra-estrutura pública..., p. 221.

pelo governo. Este é o caso, por exemplo, dos investimentos realizados para a exploração do petróleo e gás natural ou, ainda, para a construção de uma rodovia para uso público. Ambos investimentos somente podem ser realizados a partir de uma autorização concedida pelo Poder Público.<sup>109</sup> Aqui, portanto, indo além dos meros exemplos, percebe-se a tentativa de encontrar elementos concretos que integram e definem o conceito de infraestrutura.

Associada diretamente ao primeiro elemento integrante da noção sugerida por Fróes, o conceito de infraestrutura *em rede* provavelmente consista no aspecto mais importante para a caracterização das modernas infraestruturas.<sup>110</sup> Setores como energia, transporte, portos, telecomunicações e saneamento básico possuem uma característica estrutural comum que é a de configurarem indústrias de rede, em razão da complementaridade existente entre os segmentos de suas cadeias produtivas, cujos elos estabelecem um elevado grau de interdependência.<sup>111</sup> Por exemplo, a fim de que a produção chegue aos portos nacionais para fins de exportação, é essencial que exista uma infraestrutura adequada de rodovias e ferrovias. Conforme salienta José Luis Villar Ezcurra, “*todas las infraestructuras son redes o se encuentran conectadas a una red que, a su vez, puede ser continua o discontinua física o virtual (...)*”.<sup>112</sup> Além disso, a importância das redes aumenta exponencialmente com o acréscimo do número de pessoas interligadas pelas infraestruturas. A rápida expansão dos telefones configura um bom exemplo disto: os aparelhos ficam mais úteis para o usuário na medida em que mais pessoas os utilizam.<sup>113</sup> Desse modo, a constatação do chamado “efeito rede” é de suma importância na análise dos setores de infraestrutura; tal efeito surge quando a utilidade de um bem ou serviço cresce com o número de indivíduos que os utilizam.<sup>114</sup>

Nesse sentido, partindo da ideia de infraestrutura em rede, o conceito de infraestrutura adotado por André Castro Carvalho é elucidativo: as infraestruturas consistem em instalações essenciais artificiais civis ou militares – mas de uso civil –, com nós e enlaces que acarretam o “efeito rede”, devidamente dimensionadas no tempo e espaço, que servem como um relevante instrumento ao desenvolvimento socioeconômico. O autor também salienta que elas “são consideradas como bens mistos sob a ótica dos bens públicos, exibem

---

<sup>109</sup> FRÓES, Fernando. Infra-estrutura pública..., p. 220.

<sup>110</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 141.

<sup>111</sup> ARAÚJO JÚNIOR, José Tavares de. A regulação econômica nos setores de infra-estrutura no Brasil. In: MOTTA, Ronaldo Seroa da; SALGADO, Lucia Helena (Ed.). *Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer*. Rio de Janeiro: IPEA, 2005, p. 94.

<sup>112</sup> VILLAR EZCURRA, José Luis. Las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos. In: ARIÑO & ALMOGUERA ABOGADOS (Ed.). *Nuevo derecho de las infraestructuras*. Madrid: Montecorvo, 2001, p. 83.

<sup>113</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...*, p. 260-261.

<sup>114</sup> FRISCHMANN, Brett M. An economic theory of infrastructure and commons management. *Minnesota Law Review*, v. 89. p. 917-1030. 2004-2005, p. 970.

princípios que as caracterizam, e possuem propriedades técnicas, econômicas e institucionais que as diferem dos demais investimentos, públicos ou privados”.<sup>115</sup> Em relação à artificialidade, tal característica permite diferenciá-la, por exemplo, de rios, mares ou montanhas, afastando bens e recursos naturais do conceito de infraestrutura.<sup>116</sup>

O “efeito rede” associado às infraestruturas enaltece, por sua vez, a associação direta que se costuma fazer entre infraestrutura e desenvolvimento socioeconômico. Não existe país que consiga crescer sem possuir uma infraestrutura adequada, formada por estradas, ferrovias, redes de energia elétrica, portos etc.<sup>117</sup> Nesse vértice, Fernando Fróes salienta que para o sistema econômico produzir e distribuir um fluxo crescente de bens e serviços são necessários – além do suporte dos equipamentos e capitais que formam a infraestrutura pública – os chamados *serviços de utilidade* (também denominados de serviços públicos pelo autor), como os serviços de transportes, comunicações, energia elétrica, saneamento básico etc.<sup>118</sup>

Ou seja, existem infraestruturas que se confundem com a própria execução do serviço público, atuando como pressuposto para a sua prestação. É nesse contexto que André Castro Carvalho evidencia a relação entre infraestrutura e serviço público e elenca como exemplos os casos do serviço público de telefonia fixa ou de distribuição de energia elétrica e água encanada. Por outro lado, há infraestruturas que se referem mais à sua disponibilização para o uso de terceiros, como é o caso do setor de transportes (rodovias, hidrovias, aeroportos e portos). No caso das ferrovias, todavia, elas podem ou não vir agregadas com a prestação do serviço.<sup>119</sup> Isto é, se o Estado (ou o particular, no caso de uma concessão, por exemplo) disponibilizar apenas o uso da linha férrea, então será enquadrada nesta última hipótese (infraestrutura sem associação direta com o serviço); por outro lado, caso venha associada com a prestação do serviço de transporte ferroviário de carga ou de passageiros, então estará enquadrada na primeira hipótese. Segundo o autor, tal distinção é usualmente classificada como “infraestrutura” e “serviço infraestrutural”; no entanto, a doutrina acaba tratando-os de

---

<sup>115</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 178.

<sup>116</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 133.

<sup>117</sup> FRÓES, Fernando. *Infra-estrutura pública: conceitos, importância e intervenção...*, p. 220.

<sup>118</sup> FRÓES, Fernando. *Infra-estrutura pública...*, p. 220. Na visão de Fróes, “os serviços de utilidade viabilizados pelos equipamentos da infra-estrutura pública são regulamentados de maneira específica em lei e controlados pelo Poder Público. São serviços denominados de utilidade pública ou públicos tendo em vista sua importância e seu alcance na economia e para a população. Essa denominação independe de os serviços serem fornecidos pelo governo ou pela iniciativa privada, serem gratuitos ou não” (FRÓES, Fernando. *Infra-estrutura pública...*, p. 220).

<sup>119</sup> Como será exposto no subcapítulo subsequente, a técnica concessória pode, inclusive, não estar associada à exploração de um serviço público.

forma indistinta, tendo em vista que ambos contribuem para a formação da mesma cadeia produtiva (efeito rede das infraestruturas).<sup>120</sup>

Portanto, a diferença entre infraestrutura e serviços infraestruturais é sutil, mas existe e, inclusive, não passa completamente despercebida pelo ordenamento jurídico (apesar de na maioria das vezes ser tratada de forma indistinta). No Direito Administrativo brasileiro, as permissões de serviços públicos, geralmente, são utilizadas somente para a prestação de serviço público, ao passo que as concessões de serviço público, além de evidentemente abrangê-los, são também utilizadas para exploração das infraestruturas.<sup>121</sup> Mas também, no tocante ao aspecto jurídico, é de se ressaltar que serviço público e infraestrutura respectiva não se confundem. Como exemplo, tem-se que somente a geração de energia elétrica ou o tratamento de água, sem a distribuição, não poderiam, sob um viés técnico e no sentido jurídico, ser considerados serviços públicos, mas sim exploração de um bem público correlato, com regimes jurídicos totalmente diferenciados. Por outro lado, a transmissão e a distribuição de energia, de água encanada ou a coleta e tratamento de esgotos são considerados serviços públicos em virtude da comodidade material ofertada e fruível de forma individualizada aos cidadãos.<sup>122</sup>

Como se tem por óbvio, a consequência do regime aplicável em relação às infraestruturas e serviços infraestruturais pode variar caso a caso, contudo, pelo menos em relação aos investimentos, a questão é tratada de forma indistinta. Por exemplo, no texto constitucional dificilmente ocorre menção somente à infraestrutura em si. Geralmente, a disciplina jurídica pauta-se na exploração do serviço público, que configura objeto principal da regulação estatal, e não pela infraestrutura, considerada somente acessória em termos de regulação. Veja-se, por exemplo, o caso da Lei nº 8.987/1995, que “dispõe sobre o regime de concessão e permissão de *serviços públicos* previsto no artigo 175 da Constituição Federal (...)”.<sup>123</sup> Castro Carvalho pontua, nesse passo, que “dissociar a regulamentação para fins de investimentos pode atrair a atenção para interesses volvidos apenas à infraestrutura em si, e não na operação dos serviços públicos adjacentes”.<sup>124</sup>

---

<sup>120</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 162-163.

<sup>121</sup> A análise das permissões e concessões de serviços públicos será realizada mais detidamente no subcapítulo posterior.

<sup>122</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 164-165.

<sup>123</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 164-165.

<sup>124</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 166. Os setores relacionados aos transportes, como é o caso do setor de transportes terrestres, são os que promovem essa separação de modo mais nítido, entre a exploração da infraestrutura (rodovia) e o serviço público correlato (transporte terrestre de passageiros, ou mesmo de exploração rodoviária). Por outro lado, o setor de ferrovias historicamente não possui essa divisão na exploração bem definida, mormente no setor de transporte de cargas, em que pese,

Portanto, a doutrina jurídica, ao analisar a relação entre serviços públicos e respectivas infraestruturas, costumeiramente utiliza os conceitos de forma unificada, como se fossem sinônimos, haja vista que, na maior parte das vezes, as duas noções aparecem associadas no arcabouço jurídico brasileiro, especialmente na Constituição Federal. No Brasil, a disciplina jurídica para a prestação ou disponibilização é mais focada com o serviço público; *ex adverso*, na questão dos investimentos, o foco orçamentário reside na infraestrutura.<sup>125</sup>

Por outro lado, e como será detalhado adiante, a infraestrutura privada, mesmo que não vinculada à exploração direta de um serviço público, também possui relevância para o desenvolvimento socioeconômico do país (a ponto de também sofrer os influxos da regulação estatal) – e também receberá especial atenção ao longo deste estudo. Em tais casos, quando será explorada mediante o instrumento da autorização, a infraestrutura está relacionada ao exercício particular de uma atividade econômica de titularidade da União Federal (materialmente concorrente de um serviço público), como é o caso da exploração privada dos portos e telecomunicações (explorados em regime de Direito Privado Administrativo).

A importância da infraestrutura (ainda que privada, quando explorada por meio de autorizações) para o desenvolvimento socioeconômico de um país é indiscutível.<sup>126</sup> Costuma-

---

normativamente, essa distinção estar mais bem definida (CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 166-167).

<sup>125</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 168. Iggor Gomes Rocha também analisa a relação entre infraestruturas e serviços públicos respectivos. Para o autor: “em todas as definições apresentadas o elemento comum é a identificação por meio de bens e serviços essenciais que estão na base da economia, com influência direta nas condições de vida da população e no crescimento econômico. Se a atividade de infraestrutura poder ser classificada como serviço público (serviço público infraestrutural), há de se reconhecer que não se tratam de realidades necessariamente correspondentes, mas diretamente ligadas” (ROCHA, Iggor Gomes. *Eficiência na alocação de riscos em concessões públicas viabilizadoras de infraestrutura*. Curitiba, 2014. 188f. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, p. 23).

<sup>126</sup> Emerson Gabardo destaca a diferença entre os conceitos “crescimento” e “desenvolvimento”: “(...) ‘crescimento econômico’ é o aumento do produto nacional em termos globais ou *per capita* num período determinado (na melhor das hipóteses, pelo aumento de eficiência no sistema produtivo). O ‘desenvolvimento econômico’ é o aumento quantitativo do produto nacional acompanhado por modificações qualitativas referentes ao bem estar social (...). Portanto, é possível crescer sem se desenvolver, mas jamais se desenvolver sem crescer” (GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...*, p. 243). Na seara do Direito da Infraestrutura, André Castro Carvalho também chama a atenção para diferença conceitual entre os vocábulos “desenvolvimento” e “crescimento”. Para o referido autor, “é possível notar que somente o crescimento do estoque da infraestrutura não ensejará o seu respectivo desenvolvimento (...). Crescimento em infraestrutura é tão somente o gasto público necessário para produzi-la; desenvolvimento em infraestrutura, de outra sorte, é o planejamento e sua execução dentro de uma política nacional, em uma visão de médio e longo prazo” (CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 60 e 62). Além disso, diante dos vários benefícios sociais e econômicos que o incremento da infraestrutura possibilita, cumpre destacar que no presente trabalho adota-se a denominação “desenvolvimento socioeconômico”, afinal não existe desenvolvimento apenas econômico. É em razão disso que Bresser Pereira afirma que não resta adequado referir-se ao desenvolvimento como “apenas econômico, ou apenas político, ou apenas social” (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Desenvolvimento e crise no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1977, p. 21). Emerson Gabardo, nesse mesmo sentido, salienta que “não existe a possibilidade de entendimento adequado do termo setorializando-o. Se o



se dizer que a infraestrutura não consiste em um fim, mas um meio: configura, portanto, uma atividade acessória para a consecução de algum objetivo por parte do Estado (seja econômico, social, ambiental ou cultural). O gasto em infraestrutura não é um fim em si mesmo, o que importa é a tradução em melhorias para os cidadãos, sob uma perspectiva de crescimento e bem-estar.<sup>127</sup> Afinal, economia e qualidade de vida são conceitos básicos a serem considerados em relação à infraestrutura, o que justifica a necessidade de o Estado dedicar parcela de suas receitas para o seu investimento.<sup>128</sup> Assim, qualquer ação no campo da infraestrutura possui como finalidade o atendimento de necessidades relevantes à realização das atividades econômicas essenciais à vida em sociedade.<sup>129</sup> É nesse sentido que autores como David Alan Aschauer, por exemplo, correlacionam diretamente qualidade de vida ao conceito de infraestrutura.<sup>130</sup> Além do mais, a relevância da infraestrutura para o desenvolvimento se faz reparar pelos seus reflexos diretos na atividade econômica, possibilitando, por exemplo, a expansão da capacidade de abastecimento ou o escoamento da produção.<sup>131</sup> Finalmente, consequência direta de um maior gasto em infraestrutura significa um expressivo crescimento de emprego, com benefício direto para os cidadãos.<sup>132</sup>

Desse modo, constituindo condição essencial para o desenvolvimento socioeconômico, o incremento da infraestrutura assume, assim, um papel de destaque na vida das pessoas, atuando na esfera particular dos cidadãos a fim de satisfazer as suas necessidades mais básicas. O incremento da infraestrutura, portanto, consiste em uma condição crucial para o desenvolvimento socioeconômico. É nessa perspectiva que Gilberto Bercovici afirma que a infraestrutura deve ser inserida na estratégia estatal de promoção do desenvolvimento.<sup>133</sup>

Nesse particular, tem-se o *direito fundamental ao desenvolvimento*, nos termos do imposto pelo artigo 3º, inciso II, do texto constitucional, e em atendimento aos princípios da

---

desenvolvimento econômico não produzir conjuntamente incremento social e político, de fato, não será desenvolvimento” (GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...*, p. 245).

<sup>127</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 181.

<sup>128</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 57. Nesse sentido, Fernando Fróes destaca que, a partir de uma análise comparativa das estatísticas econômicas de diversos países, é possível constatar a existência de uma estreita relação entre a qualidade de vida dos cidadãos e o nível e a qualidade dos serviços e bens da infraestrutura pública (FRÓES, Fernando. *Infra-estrutura pública: conceitos, importância e intervenção...*, p. 226).

<sup>129</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Infraestrutura e desenvolvimento...*, p. 21.

<sup>130</sup> ASCHAUER, David Alan. Why is infrastructure important? *Conference series – Federal Reserve Bank of Boston*, v. 34, June 1990. Disponível em: <<https://www.bostonfed.org>>. Acesso em: 4 abr. 2016, p. 22.

<sup>131</sup> SOUZA, Eduardo. Nova Lei dos Portos: segurança jurídica e investimentos privados. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 107-131, jan./jun. 2014, p. 108.

<sup>132</sup> MUNNELL, Alicia Haydock. How does public infrastructure affect regional economic performance? *Conference series – Federal Reserve Bank of Boston*, v. 34, June 1990, Disponível em: <<https://www.bostonfed.org>>. Acesso em: 4 abr. 2016, p. 94.

<sup>133</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Infraestrutura e desenvolvimento...*, p. 22.

ordem econômica da Constituição, consagrados em seu artigo 170.<sup>134</sup> Com efeito, o texto constitucional assegura o direito ao desenvolvimento aos cidadãos, que usufruem das infraestruturas e respectivos serviços infraestruturais para a melhoria de sua qualidade de vida.<sup>135</sup> Emerson Gabardo aduz que a Constituição Federal 1988 consagrou o desenvolvimento como um direito fundamental dos indivíduos, destacando que tal direito justifica-se integralmente apenas quando se tem em vista que ele configura um meio possível para a consecução de um ideal maior: a felicidade dos cidadãos.<sup>136</sup> Nesse mesmo sentido, Vladimir Oliveira da Silveira e Samyra Haydêe Dal Farra Napolini salientam que “o direito ao desenvolvimento, como desdobramento dos direitos humanos econômicos, apresenta-se em uma prerrogativa inerente à natureza humana, atuando na esfera particular de cada cidadão e perante as sociedades como um todo, surgindo daí a necessidade de o Estado elaborar e consagrar políticas públicas para a sua concretização”.<sup>137</sup>

Assim, configurando um direito dos cidadãos assegurado pela Constituição, o desenvolvimento socioeconômico justifica o gasto público em infraestrutura e, além disso, a busca de parcerias com agentes econômicos privados para o incremento dos setores de infraestrutura, a fim de trazer melhorias para os indivíduos. Vale dizer, a ordem econômica constitucional, em consonância com o direito ao desenvolvimento disposto no artigo 3º, inciso II, consolida a livre iniciativa e princípios como a livre concorrência, a busca do pleno emprego e a propriedade privada, permitindo a exploração da infraestrutura por agentes econômicos privados. A livre-iniciativa, em verdade, funciona também como um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme disposição expressa do artigo 1º, inciso IV, do texto constitucional. A reestruturação do Estado, a fim de superar o subdesenvolvimento, passa pela ideia de um projeto nacional que encontra seus fundamentos previstos na ordem econômica do texto constitucional.<sup>138</sup>

---

<sup>134</sup> SOUZA, Eduardo. Nova Lei dos Portos..., p. 108. Como lembra Eros Roberto Grau, a ordem econômica constitucional consiste em uma possibilidade de efetivação, contida na Constituição, de busca da realização do interesse social (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 351).

<sup>135</sup> Nesse sentido, Irene Nohara salienta que, para que os projetos de infraestrutura atendam aos objetivos dispostos no texto constitucional, relacionados com a garantia do desenvolvimento nacional, faz-se imperativo que as metas econômicas sejam devidamente conectadas com aspectos sociais e ambientais (NOHARA, Irene. Aspectos gerais de concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas..., p. 92).

<sup>136</sup> GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...*, p. 328.

<sup>137</sup> SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra. Direito e desenvolvimento no Brasil do Século XXI: uma análise da normatização internacional e da Constituição Brasileira. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Napolini; COUTO, Monica Bonetti (Org.). *Direito e Desenvolvimento no Brasil do Século XXI*. Brasília: IPEA, 2013, p. 124.

<sup>138</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 43. Bercovici, por outro lado, lembra acerca da falta de consenso em torno da Constituição: para o autor, todos os governos pós-88 assumiram um discurso de

Portanto, como será destacado no tópico seguinte, é imperioso reconhecer a necessidade de atrair investimentos privados para projetos de infraestrutura como forma de garantir o desenvolvimento nacional, nos termos do artigo 3º, inciso II, da Constituição, que deve ser compreendido em harmonia com os princípios da ordem econômica (como a livre concorrência). E, para possibilitar que a iniciativa privada invista em infraestrutura, a necessidade de observância ao princípio da segurança jurídica torna-se imprescindível, como se passa a demonstrar na sequência.

### **1.2.1 O impacto do princípio constitucional da segurança jurídica em relação à infraestrutura: entre investimentos públicos e privados**

O Estado atua concretamente no âmbito econômico, por intermédio do Direito (assentado nos princípios consagrados no artigo 170 da Constituição Federal, como a livre concorrência e a busca do pleno emprego), perseguindo os seus objetivos fundamentais (entre eles, a garantia do desenvolvimento nacional). Para garantir o desenvolvimento (*fim*), um dos *meios* consiste, como visto, no incremento da infraestrutura pública. E a utilização deste meio pode ocorrer recorrendo-se aos agentes econômicos privados (por intermédio, por exemplo, da técnica concessória prevista no artigo 175 da Constituição), adequando-se perfeitamente aos princípios constitucionais da ordem econômica.<sup>139</sup> Em países como o Chile, por exemplo, as concessões surgiram como um instrumento de estímulo ao desenvolvimento, especialmente em relação a infraestruturas que eram consideradas insatisfatórias.<sup>140</sup>

Desponta, nesse cenário, a compatibilização do interesse privado com o coletivo e o difuso. Sem perder de vista o Estado Social consagrado pelo texto constitucional, deve-se compatibilizar o interesse coletivo com os princípios da livre-iniciativa e o princípio da

---

implementação e concretização da Constituição, mas todos praticaram o discurso das reformas constitucionais. Para Bercovici, “possuir uma Constituição em constante processo de reforma significa que não conseguimos obter um consenso mínimo para estabelecer, a partir das bases constitucionais, um projeto nacional de desenvolvimento” (BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento...*, p. 67). Porém, o autor continua acreditando no projeto de desenvolvimento consolidado na Constituição. “Apenas com a reestruturação (para não dizer restauração) do Estado brasileiro poderemos concretizar o tão desejado projeto nacional de desenvolvimento, cujos alicerces estão previstos na nossa Constituição de 1988 – passo decisivo em direção de nossa emancipação social” (BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento...*, p. 68).

<sup>139</sup> Além disso, insta destacar que o próprio texto constitucional admite a possibilidade de investimentos do setor privado quando prevê, por exemplo, em seu artigo 172, no capítulo destinado à ordem econômica e financeira, que “a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros”.

<sup>140</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 57.

liberdade econômica, nos termos do artigo 170, da Constituição Federal.<sup>141</sup> Afinal, ao parceiro privado se reconhece o direito ao lucro, objetivo que o leva a formalizar um vínculo com o Estado e assumir a prestação do serviço público, no caso das concessões, por exemplo.<sup>142</sup> Igor Gomes Rocha, em estudo sobre o risco nas concessões públicas e projetos de infraestrutura, lembra que o particular, no caso da delegação por concessão, ainda que execute um serviço público em regime de descentralização por colaboração, não deixa de ser um investidor e objetiva obter o lucro em razão de um capital investido na prestação de um serviço público privativo.<sup>143</sup> No entanto, o interesse privado do concessionário, que objetiva o lucro, deve sempre ser realizado dentro dos limites constitucionais, isto é, em prol do interesse público e da melhoria da qualidade de vida dos cidadãos.

Nesse passo, como leciona Schmidt-Assmann, “*para el Estado, eso sí, resulta irrenunciable mantener una <<infraestructura>> que garantisse a los ciudadanos el acceso a los servicios y bienes esenciales para la vida. Ahora bien, esa necesaria garantía puede satisfacerse de modos diversos y, desde una perspectiva constitucional, el Estado podría regular la satisfacción del servicio o la provisión del bien a través del sector privado*”.<sup>144</sup>

Odete Medauar, ao discorrer acerca da evolução dos conceitos de serviço público e de contrato administrativo, sublinha, em relação a este último, a qualidade das partes como parceiros em colaboração com o Estado; destaca exatamente “o dado econômico, a gestão privada, a concorrência, sem abolir a presença do Estado, o aspecto social, os direitos sociais”.<sup>145</sup> Recorre-se, como dito, aos indivíduos particulares, para a prossecução do interesse público e do almejado desenvolvimento socioeconômico, com fulcro nos princípios constitucionais da ordem econômica.

Nesse mesmo sentido, Eduardo Souza destaca que quando se fala em financiamento da infraestrutura, a necessidade de atrair a iniciativa privada é medida que se impõe, porquanto esta possibilitaria uma maior eficiência na exploração do serviço público, “além de ter condições de fazer frente ao grande volume de recursos que tradicionalmente os empreendimentos do setor demandam”.<sup>146</sup> No mesmo sentido, Gustavo Henrique Justino de

---

<sup>141</sup> SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra. Direito e desenvolvimento no Brasil do Século XXI..., p. 131.

<sup>142</sup> FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos...*, p. 42.

<sup>143</sup> ROCHA, Igor Gomes. *Eficiência na alocação de riscos em concessões públicas viabilizadoras de infraestrutura...*, p. 27-28.

<sup>144</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo..., p. 78.

<sup>145</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 209 e 217.

<sup>146</sup> SOUZA, Eduardo. Nova Lei dos Portos..., p. 120.

Oliveira salienta que a principal motivação para tal aumento nos países desenvolvidos tem sido os ganhos de eficiência que a substituição do Poder Público pelas empresas privadas possibilita.<sup>147</sup> Exemplo desta postura pode ser constatado no setor portuário que, com o advento da Lei nº 12.815/2013, a ideia é que ocorra uma maior competitividade e incremento da participação privada no setor.<sup>148</sup>

A abertura comercial e o desenho de uma política econômica compatível com o novo enfoque consistiram em parte da estratégia adotada nas décadas de 1980 e 1990 nos países da América Latina. A incorporação do capital privado e o desenvolvimento da infraestrutura no serviço público consistiram em elementos essenciais para o crescimento da economia destes países, tendo em vista o déficit que se acumulava no setor.<sup>149</sup> A colisão entre a oferta pública e a privada de bens e serviços acentuou-se consideravelmente a partir dos anos noventa, em virtude da retirada progressiva do agente público da economia e da restrição às situações de monopólio (como é o caso do tradicional regime de exploração de petróleo, que acabou por ceder aos atrativos do mercado).<sup>150</sup>

Assim, em razão da diminuição do investimento público nos setores de infraestrutura, um dos principais desafios enfrentados pelos países latino-americanos consiste em aumentar o investimento e melhorar a eficiência da provisão dos serviços relacionados à sua exploração.<sup>151</sup> No contexto de tais países, Priscila Braga Santiago evidencia que o investimento público reduziu de 3,1% do PIB, na década de 1980, para 0,8% entre o período de 1996-2001; já o investimento privado passou de 0,6% para 1,4% no mesmo período. Entre os anos de 2002 e 2006, os dois investimentos mantiveram a média de 1% do PIB nos países da região.<sup>152</sup> As exceções apresentadas aconteceram no Chile e na Colômbia, que apresentaram taxa de investimento total superior à média. Dessa forma, a experiência dos

---

<sup>147</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Parceria público-privada e direito ao desenvolvimento: uma abordagem necessária: *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 4, n. 45, p. 6023-6039, set. 2005.

<sup>148</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 176-177.

<sup>149</sup> SANTIAGO, Priscila Braga. Infraestrutura: experiência na América Latina. *Textos para Discussão CEPAL-IPEA*. Brasília: CEPAL/IPEA, 2011, p. 8. A referida autora destaca que: “os investimentos privados viabilizaram a recuperação de muitas atividades e aplicações de recursos em programas que possibilitam a formação de uma indústria de infraestrutura econômica. Apesar de ter proporcionado melhores e maiores serviços públicos, essa recuperação foi parcial. A abertura de mercado de serviços de infraestrutura, assim como a venda de empresas estatais, permitiu o ingresso de empresas estrangeiras que, em muitos casos, introduziram novas tecnologias e técnicas de organização empresarial que foram determinantes para a modernização da infraestrutura e dos serviços prestados localmente” (SANTIAGO, Priscila Braga. *Infraestrutura...*, p. 8).

<sup>150</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Desenvolvimento e reforma institucional: os exemplos do BNDES e das sociedades estatais no Brasil. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Napolini; COUTO, Monica Bonetti (Org.). *Direito e Desenvolvimento no Brasil do Século XXI*. Brasília: IPEA, 2013, p. 164.

<sup>151</sup> SANTIAGO, Priscila Braga. *Infraestrutura...*, p. 15.

<sup>152</sup> SANTIAGO, Priscila Braga. *Infraestrutura...*, p. 55-56.

países da América Latina evidencia a necessidade de se realizarem mais investimento nos setores de infraestrutura.<sup>153</sup>

Todavia, apesar da importância da participação dos agentes econômicos privados em projetos de infraestrutura, cumpre destacar que ela deve ser encarada como uma *complementação* à atuação estatal. Os investimentos privados devem complementar os investimentos públicos, mas nunca substituí-lo, haja vista que a obrigação social para o Estado prover a infraestrutura a todos os seus cidadãos remanesce.<sup>154</sup> Isto é, como ressaltado, não deve se perder de vista o Estado Social, consagrado pela Constituição Federal de 1988. Não subsiste, assim, a existência de um suposto princípio da subsidiariedade, pois tal noção foi totalmente extirpada do ordenamento jurídico brasileiro com o advento do atual texto constitucional, como defende Emerson Gabardo. É mais adequado falar em “complementaridade”, sem qualquer preferência preestabelecida.<sup>155</sup> O referido autor defende que no Brasil não é correto falar na relação entre desenvolvimento e subsidiariedade, destacando que “o processo de desenvolvimento previsto é de caráter centralizado e estabelece competências próprias para o Estado e para cada um dos entes, além da regulamentação específica que é direcionada à iniciativa privada”.<sup>156</sup>

É exatamente o que destaca André Castro Carvalho. O autor aduz que, nos anos noventa do século XX, apesar da maior participação de capital privado na infraestrutura, notou-se que os investimentos acabaram erroneamente configurando substitutos da participação estatal, e não complementos – como deveriam ser. Tal fato ocasionou a redução nas dotações orçamentárias para infraestrutura e, por consequência, a queda no nível de

---

<sup>153</sup> SANTIAGO, Priscila Braga. *Infraestrutura...*, p. 56.

<sup>154</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 308. “Dessa forma, com uma simples verificação da aplicação dos dois modelos até então no Brasil e no resto do mundo, é possível verificar que a dependência excessiva do investimento público, ou do privado, não parece ser a melhor medida. E também o fato de serem complementares não significa que o montante de investimentos públicos e privados deva ser igual. O natural é que os investimentos públicos abarquem a maior fatia nos investimentos em alguns setores, e o setor privado em outros” (CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 309).

<sup>155</sup> GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...*, p. 137-138. Nesse sentido, Ubirajara Costódio Filho destaca que “a ideia de subsidiariedade cede cada vez mais à de complementaridade, princípio implícito no texto da CF/88 (...) e que “o domínio econômico é espaço ordinariamente coabitado pelo Estado e pela iniciativa privada, sem existir preferência, juridicamente, a qualquer dos dois (...)” (COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *O serviço postal no Direito brasileiro*. Curitiba: JM, 2006, p. 52). Outros autores, por seu turno, defendem a subsidiariedade como um critério determinante para justificar, por exemplo, a intervenção direta do Estado na economia. É o caso de Marçal Justen Filho. Para o referido autor, “o princípio da subsidiariedade impõe o dever de intervenção supletiva do Estado no domínio econômico, intervenção que se legitima apenas quando a iniciativa privada for incapaz de solucionar de modo adequado e satisfatório certa necessidade” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 864).

<sup>156</sup> GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...*, p. 246-247.

investimento público.<sup>157</sup> Por seu turno, conforme defendem Augusto Neves Dal Pozzo e Pedro Jatene, a tendência que se observa é que a implementação de investimentos nos setores de infraestrutura por meio de parcerias público-privadas não substitui o investimento público realizado de outras formas, mas com ele se combina. Diante disso, os autores salientam que “o investimento público e o investimento privado não são substitutos, mas independentes”.<sup>158</sup> Neste mesmo sentido, o Banco Mundial indicou que os investimentos em infraestrutura não devem ser totalmente públicos, mas complementados pela participação privada; porém, tal financiamento não pode significar a redução (substituição) da atuação estatal.<sup>159</sup>

Desse modo, ante a necessidade de investimentos nos setores de infraestrutura para o desenvolvimento nacional, a fim de complementar a participação pública, tem-se como imprescindível que um ambiente de negócios favorável não prescindia de segurança jurídica. Investimentos em infraestrutura necessitam de segurança jurídica. Ao mesmo tempo em que se impõe a abertura de mercado para possibilidade de novos investimentos, “um modelo jurídico que favoreça ou atraia investimentos privados precisa ser estruturado sob o signo deste princípio”.<sup>160</sup> Passa-se então a evidenciar a essencialidade de observância do princípio da segurança jurídica para os setores de infraestrutura, especialmente a partir da ótica de seus ideais parciais, quais sejam, cognoscibilidade, confiabilidade, calculabilidade.

Marcela Anzola Gil, em estudo sobre segurança jurídica e os investimentos estrangeiros na Colômbia, destaca a importância da segurança na viabilização destes investimentos, salientando que “*se han implementado leyes y ‘contratos para garantizar la estabilidad jurídica’, y se han suscrito tratados internacionales para proteger la inversión extranjera*”. A autora sublinha que “*este conjunto de instrumentos ha consolidado, tanto en el plano internacional como nacional, la voluntad del Estado de mantener unas reglas de*

---

<sup>157</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 314. A esse respeito, em relação ao cenário da crise econômica europeia, Pedro Gonçalves aduz que houve “um vasto processo de diminuição substancial da intervenção pública e dos gastos públicos nos setores sociais (sobretudo, saúde e educação), bem como nas áreas de intervenção assistencial (segurança social, proteção na doença e no desemprego). Ao mesmo tempo, verificou-se que “os cidadãos, cada vez em maior número, veem-se numa situação de extrema fragilidade e de absoluta dependência do Estado”. Nesse contexto, o autor destaca que “a mobilização dos privados para a colaboração e a cooperação com o setor público poderá representar um fator chave com contribuição direta para a saída da crise” (GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o estado regulador e o estado contratante*. Coimbra Editora: 2013, p. 41).

<sup>158</sup> DAL POZZO, Augusto Neves; JATENE, Pedro. Os principais atrativos das parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura pública e a necessidade de planejamento adequado para sua implantação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 60-61.

<sup>159</sup> BANCO MUNDIAL (WORLD BANK). *Como revitalizar os investimentos em infra-estrutura no Brasil: políticas públicas para uma melhor participação do setor privado*. v. I: relatório principal. Washington, D.C.: Banco Mundial, 2007, p. 12.

<sup>160</sup> SOUZA, Eduardo. *Nova Lei dos Portos: segurança jurídica e investimentos privados...*, p. 122.

*juego claras y estables a las inversiones extranjeras, sobre todo frente a posibles procesos de nacionalización o expropiación, o de restricciones al movimiento de capitales”.*<sup>161</sup>

Armando Castelar Pinheiro aduz que no tocante às relações jurídicas de cunho econômico “deve a norma dar ao indivíduo a possibilidade de calcular, com alguma previsibilidade, as consequências de suas ações”.<sup>162</sup> O autor defende que em relação às relações econômicas, a segurança jurídica possibilita o estabelecimento de “regras do jogo” estáveis e confiáveis, promovendo o desenvolvimento socioeconômico de determinado país.

Um determinado agente econômico privado que investe em infraestrutura (que, como destacado, possui o elemento risco conectado à sua atividade), deve ter, ao menos, a segurança de que o contrato firmado com a Administração será efetivamente cumprido. De outra parte, se haverá ou não um restado econômico favorável, dependerá de uma série de outros fatores, mas deve-se ter a certeza de que as regras do jogo não serão alteradas durante o trâmite da avença. “Esta percepção é uma condição para o investimento e, sem este, não há possibilidade de chegar ao desenvolvimento”.<sup>163</sup> É necessário, pois, existir confiabilidade nas instituições jurídicas do país.

Marcia Carla Pereira Ribeiro e Giovani Ribeiro Rodrigues Alves lembram que os entusiastas da chamada *rule of law*, em sua vertente econômica, defendem um arranjo institucional pré-fabricado, no qual o Direito possui um papel de destaque, capaz de auxiliar o desenvolvimento dos países. Este arranjo institucional (pré-determinado por organismos internacionais como o Banco Mundial) fundamenta-se na ideia de que para o desenvolvimento dos países são necessárias regras do jogo claras e estáveis, capazes de promover um ambiente de negócios seguro, relegando o Estado a uma função secundária (isto é, possui somente a função de “aplicar” e preservar o modelo importado previamente). Desse modo, nessa perspectiva, o Estado é a um agente que somente contribui para a preservação do modelo, sem qualquer protagonismo no âmbito das transações propriamente ditas.<sup>164</sup>

---

<sup>161</sup> ANZOLA GIL, Marcela. *El paradigma de la seguridad jurídica en un Estado en transformación: el caso de la inversión extranjera*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 96.

<sup>162</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. PIB Potencial e segurança jurídica no Brasil. In: SICSÚ, João; MIRANDA, Pedro (Org.). *Crescimento econômico: estratégias e instituições*. Rio de Janeiro: IPEA, 2009, p. 32 e 50.

<sup>163</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Desenvolvimento e reforma institucional..., p. 159.

<sup>164</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Desenvolvimento e reforma institucional..., p. 153-154. Os autores sublinham que o paradigma da *rule of law* consiste na inspiração da ação de organismos internacionais, como o Banco Mundial, por exemplo. A partir do começo do século XXI, constata-se que o Banco Mundial, com base nessa perspectiva, realizou enorme investimento em programas de qualificação institucional de diversos países, alcançando o patamar de 52% de seus desembolsos serem direcionados a colocar em prática um determinado arranjo institucional, valorado como ideal pelo Banco Mundial. “A política adotada demonstra a crença no poder transformador de um determinado arranjo



Além disso, diferentemente do que a *rule of law* em sua vertente econômica postula, não bastam *tão somente* regras claras e adequadas para a promoção do desenvolvimento socioeconômico. Os próprios autores citados anteriormente defendem que “nem toda reforma institucional formal produz desenvolvimento”.<sup>165</sup> Outros fatores, como, por exemplo, os problemas relativos ao Poder Judiciário (por exemplo, a morosidade dos tribunais nacionais e a imprevisibilidade das decisões dos magistrados), contribuem sobremaneira para aumentar o panorama de insegurança jurídica em matéria de infraestrutura.

Nesse panorama, Armando Castelar Pinheiro lembra que o Brasil ainda possui um grau baixo de segurança jurídica em virtude de três fatores principais: a má qualidade da produção legislativa de infraestrutura, a politização desmedida do Judiciário e a reiterada quebra de contratos por parte da Administração Pública, com alterações frequentes nas “regras do jogo”.<sup>166</sup> Em relação ao impacto da segurança jurídica nos setores de infraestrutura, o autor salienta que ela “busca facilitar a coordenação das interações humanas, inclusive econômicas, reduzindo a incerteza que as cerca. Ela se inspira na confiança que deve ter o indivíduo de que os seus atos, quando alicerçados na norma vigente, produzirão os efeitos jurídicos nela previstos”.<sup>167</sup> Portanto, a fim de que haja segurança jurídica para os agentes econômicos investirem em setores de infraestrutura, é preciso que haja cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade a partir da atuação dos três Poderes Públicos.

Como dito, nem toda reforma institucional, por si só, produz o almejado desenvolvimento socioeconômico. Porém, apesar de ser condição insuficiente, afigura-se como uma premissa importante para a consecução de tal objetivo. Afinal, nenhum modelo econômico ou social pode se consolidar sem a existência de um ambiente normativo seguro e

---

institucional defendido, sobretudo na possibilidade das instituições propiciarem o desenvolvimento econômico dos Estados da forma como estas foram concebidas, independentemente das necessidades locais. O Banco Mundial elegeu uma solução que considera adequada para que se chegue aos melhores patamares de desenvolvimento social e econômico, independentemente da região do mundo, de modo que nações ocidentais e doadores privados investiram bilhões de dólares na América Latina, África Subsaariana, Europa Central e Oriental e Ásia, a fim de disseminar e financiar ações voltadas à aplicação do arranjo institucional tido como adequado” (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Desenvolvimento e reforma institucional..., p. 154).

<sup>165</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Desenvolvimento e reforma institucional..., p. 165.

<sup>166</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. PIB Potencial e segurança jurídica no Brasil..., p. 50-51.

<sup>167</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. PIB Potencial e segurança jurídica no Brasil..., p. 50. E arremata, destacando que: “a segurança jurídica se traduz, portanto, como uma norma jurídica que seja estável, certa, previsível e calculável, tanto nas relações jurídicas entre particulares quanto, principalmente, naquelas que envolvam o Estado. *Esse preceito geral deve aplicar-se não apenas ao ordenamento jurídico positivo como também à sua interpretação e aplicação pelo Judiciário*” (grifo nosso) (PINHEIRO, Armando Castelar. PIB Potencial e segurança jurídica no Brasil..., p. 50).

satisfatório.<sup>168</sup> Assim, reformas das instituições não produzem necessariamente como resultado o desenvolvimento nacional, mas podem ser muito úteis às estratégias de aperfeiçoamento econômico e social.<sup>169</sup>

Nesse contexto, o conceito de *marco regulatório* mostra-se relevante. Em síntese, os marcos regulatórios tratam-se de diplomas normativos que regulam certo setor econômico e são dotados de maior estabilidade; todavia, necessitam ser atualizados constantemente frente à dinamicidade social, mormente em setores sensíveis à frequentes demandas tecnológicas como ocorre no caso dos setores de infraestrutura. Com efeito, o marco regulatório possui a pretensão de atingir a estabilidade necessária para investimentos em infraestrutura.<sup>170</sup>

Porém, o que se nota na experiência prática brasileira é a edição de marcos regulatórios imprecisos, com alterações normativas bruscas e excessivas, que acabam por prejudicar a prestação dos serviços públicos e o desenvolvimento da infraestrutura nacional. Além de alterações normativas bruscas e excessivas, tem-se inovações com alto teor de complexidade e indeterminação. Marcos regulatórios mal formulados dificultam a realização de metas governamentais importantes e a implementação de políticas públicas.<sup>171</sup> Um exemplo evidente deste cenário ocorreu na área de saneamento básico, que foi “bombardeada por atropelos legislativos” que inviabilizaram, bom um bom período, a obtenção de um marco regulatório preciso.<sup>172</sup> Tal contexto de insegurança no tocante às reformas regulatórias será abordado detalhadamente no próximo capítulo desta dissertação.

Dessa forma, o estabelecimento de um bom marco regulatório é crucial para estimular a confiança dos agentes econômicos e possibilitar aportes nos setores de infraestrutura. Sob a perspectiva do mercado, a definição clara de marcos regulatórios contribui significativamente para o fortalecimento e a consolidação do sistema de infraestrutura necessário para a diminuição do “risco-país”. Muito mais do que regular é

---

<sup>168</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues Alves. Desenvolvimento e reforma institucional..., p. 165.

<sup>169</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues Alves. Desenvolvimento e reforma institucional..., p. 163.

<sup>170</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. O marco regulatório dos serviços públicos. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 27, set. 2004. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=50327>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

<sup>171</sup> ARAÚJO JÚNIOR, José Tavares de. A regulação econômica nos setores de infra-estrutura no Brasil..., p. 96.

<sup>172</sup> BONELLI, Cláudia Elena; IAZETTA, Rodnei. Marco regulatório das atividades alvo das PPPs. *Conexão Migalhas*, ano 1, n. 1, p. 64.

necessário elaborar soluções competitivas para o mercado de infraestrutura, a fim de se evitar o denominado insucesso regulatório.<sup>173</sup>

Alexandre Santos de Aragão, apesar de ressaltar que o marco regulatório propicia a estabilidade e segurança necessárias para os investimentos em serviços públicos por parte de concessionários, lembra que o “marco regulatório não deve engessar a adaptação do serviço público à evolução político-social da sociedade, devendo deixar espaços em que os reguladores possam se mover para, em cada conjuntura, estabelecer as regras que melhor atendam ao interesse público”.<sup>174</sup> Portanto, o autor em questão defende a ideia de uma “segurança dinâmica”, isto é, uma “segurança empreendedora” em oposição à noção ultrapassada de “segurança estática”.<sup>175</sup>

É nesse contexto que Rolf Stober salienta que “as planificações econômicas estaduais e municipais devem continuar a ser dinâmicas. Se não fosse assim, a economia não poderia continuar a ser desenvolvida de forma sensata e determinadas premissas legislativas não poderiam continuar a ser concretizadas no interesse do bem comum”. Assim, o autor defende que não pode existir, de forma generalizada, uma expectativa econômica para o futuro por parte dos sujeitos econômicos, isto é, de subsistência de determinada legislação econômica.<sup>176</sup> Com efeito, Rolf Stober ensina que a capacidade de funcionamento, o lucro e a disponibilidade de investimento e de inovação da economia pelos agentes econômicos dependem da existência de instrumentos de *aferição* e de *previsibilidade* no Direito Administrativo Econômico. Para o autor, *aferição* significa *segurança jurídica dispositiva* para os investidores privados, isto é, a existência de garantia e de continuidade da ordem jurídico-econômica. Portanto, a *aferição* configura uma “condição geral econômica elementar”, existindo quando as medidas do Estado possuem lugar em um procedimento devidamente formalizado e à perfeita disposição dos cidadãos. Nesse contexto, as medidas de Direito Administrativo podem ser *avaliadas* (ou *calculadas*) pelos cidadãos atingidos quando estes possuem conhecimento prévio destas medidas (como exemplo, mediante a publicação de determinada legislação) e, especialmente, quando contém normas de transição, e somente entram em vigor no ordenamento jurídico após o decurso de um período de tempo

---

<sup>173</sup> BONELLI, Cláudia Elena; IAZETTA, Rodnei. Marco regulatório das atividades alvo das PPPs..., p. 64.

<sup>174</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. O marco regulatório dos serviços públicos...

<sup>175</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. O marco regulatório dos serviços públicos... Para o autor, “o marco regulatório dos serviços públicos, portanto, dentro dessa perspectiva, não visa a evitar mudanças nas regras que o compõem, mas sim a estabelecer os direitos básicos das partes, os requisitos, as instituições (preferencialmente autônomas em relação ao poder político-eleitoral) e procedimentos pelos quais estas mudanças deverão se operar” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. O marco regulatório dos serviços públicos...).

<sup>176</sup> STOBER, Rolf. *Direito Administrativo Econômico Geral*..., p. 145-146.

adequado.<sup>177</sup> Trata-se, pois, da salvaguarda do ideal de calculabilidade que integra o conteúdo do princípio constitucional da segurança jurídica. As referidas normas de transição, como instrumentos hábeis a consolidar o aludido aspecto do princípio, serão analisadas mais detidamente no último capítulo desta dissertação.

Portanto, tendo em vista a dinamicidade do meio social e a ideia de “segurança dinâmica”, pretender que um determinado marco regulatório seja completamente imune a alterações configura algo difícil de ser imaginado. Inovações normativas regulatórias fazem-se necessárias no ordenamento jurídico, especialmente em matéria de infraestrutura. Afinal, a Constituição Federal prevê a consolidação do modelo de Estado Social de Direito, que exige que o Estado cumpra devidamente a sua “função planificadora e indutora da sociedade, realizando mudanças sociais, especialmente por meio da distribuição de riqueza”.<sup>178</sup> Em verdade, no tocante às alterações normativas, o que configura uma afronta ao princípio da segurança jurídica são as situações de alterações normativas bruscas e excessivas, que deixam de garantir o direito dos agentes econômicos e de prever normas que regulamentem a transição adequada de um regime para o outro. Muitas vezes, no ordenamento jurídico brasileiro, tais regras de transição não se encontram presentes. Além do mais, a ideia de “segurança dinâmica” possui relevância também para a compreensão dos contratos de longa duração, que configuram a regra em matéria de infraestrutura. Também é difícil imaginar que um determinado contrato de infraestrutura não sofra alterações por décadas; configura algo totalmente impensável. A noção de “segurança dinâmica” será retomada no próximo capítulo quando serão analisadas as alterações normativas e os contratos regulatórios de longa duração.

Apesar da essencialidade do princípio da segurança jurídica para os setores de infraestrutura, a realidade nacional é completamente diversa: total insegurança jurídica. Insegurança generalizada, difusa *por todo o lugar*, perpetrada pelos três Poderes Públicos. O horizonte de insegurança jurídica – (in) segurança como “fato” – será abordado no segundo capítulo do trabalho justamente a partir dos elementos apontados por Castelar Pinheiro (no entanto, com algumas especificidades).<sup>179</sup> Isto é, por meio de inovações normativas regulatórias bruscas, excessivas e com alto teor de complexidade e indeterminação (não só por parte do Poder Legislativo, mas também em função da competência normativa das agências reguladoras), mediante a insegurança no âmbito do Poder Judiciário (especialmente por intermédio dos problemas relativos à morosidade e imprevisibilidade das decisões

---

<sup>177</sup> STOBER, Rolf. *Direito Administrativo Econômico Geral...*, p. 145.

<sup>178</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 690.

<sup>179</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. PIB Potencial e segurança jurídica no Brasil..., p. 50-51.

judiciais) e por intermédio do incumprimento dos chamados contratos regulatórios por parte da Administração Pública.

Na sequência do trabalho, após demonstração da relevância dos investimentos privados em infraestrutura – como complemento à participação pública –, e da necessidade de segurança para viabilizar tais investimentos, passa-se à análise dos mecanismos jurídicos utilizados pelos agentes econômicos privados para exploração da infraestrutura, mediante os instrumentos contratuais da concessão, permissão e da chamada autorização regulatória.

### **1.3 Os mecanismos jurídicos utilizados por agentes econômicos privados para exploração dos setores de infraestrutura: os instrumentos contratuais da concessão, permissão e autorização**

Como foi visto anteriormente, o princípio constitucional da segurança jurídica assume uma relação significativa com os setores de infraestrutura. O incremento desta configura uma condição essencial para o desenvolvimento socioeconômico. E, conforme destacado no subcapítulo anterior, como forma de complementar a participação pública em projetos de infraestrutura, os investimentos de particulares mostram-se imprescindíveis para o alcance do desenvolvimento nacional. E para que estes investimentos sejam viabilizados, impõe-se a garantia de respeito à segurança jurídica.

Como já foi dito, a maior participação da iniciativa privada em projetos de infraestrutura deu-se, especialmente, na década de 1990, em meio ao contexto de retirada do Estado do desempenho direto de determinadas atividades. Todavia, a diminuição do intervencionismo direto do Estado não significa, necessariamente, uma redução de toda a intervenção estatal no domínio econômico. Nesse cenário, Floriano Azevedo Marques Neto distingue o intervencionismo estatal direto do indireto; este que não trata mais da assunção pelo Estado da atividade econômica em si, mas da atuação no fomento, na regulamentação, no planejamento, na fiscalização, na ordenação da economia nacional. “Cuida-se da atuação estatal fortemente influente (por indução ou coerção) da ação dos atores privados atuantes num dado segmento da economia”.<sup>180</sup> Portanto, a retirada da participação direta do Estado na economia não significa uma redução do intervencionismo estatal. Ao contrário: a retirada do exercício direto no domínio econômico, em verdade, correspondeu no contexto nacional a um crescimento da intervenção (indireta), por meio de regulação (seja mediante agências

---

<sup>180</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 73-74.

reguladoras, seja por intermédio dos denominados contratos regulatórios) sobre esta atividade específica.<sup>181</sup> O tema da intervenção indireta será retomado ainda no próximo capítulo, quando será exposto o cenário de insegurança que advém das reformas regulatórias.

É curial ressaltar, nesse passo, que a escolha entre realizar uma determinada atividade diretamente, ou optar por uma parceria com o setor privado, seja mediante uma concessão comum, seja mediante uma parceria público-privada, não é algo que decorre diretamente da lei, mas sim uma escolha atribuível à Administração Pública, que estabelece as prioridades por meio de definição de políticas públicas. Como destaca Vitor Rhein Schirato, “muito mais do que instrumentos de privatização ou desestatização, as concessões são instrumentos para o alcance de políticas públicas”.<sup>182</sup> Destarte, cabe exclusivamente ao Poder Executivo decidir o modelo contratual aplicável aos serviços de sua responsabilidade, visto que a decisão em questão é de natureza tipicamente administrativa.<sup>183</sup> Assim, trata-se de uma decisão que decorre da titularidade do serviço, não podendo haver delegação somente nos seguintes casos: a) quando a Constituição Federal expressamente vedar (ou Constituição Estadual ou Lei Orgânica Municipal); b) quando se tratar de atividade exclusiva do Estado; ou c) quando não houver lei autorizativa.<sup>184</sup>

Nesse contexto, os contratos que possuem aptidão para implementar obras de infraestrutura podem ser de duas ordens: os de desembolso e os de investimento.<sup>185</sup> Os primeiros, de desembolso, dependem do orçamento público e geram uma relação em que o Poder Público define o que será realizado, para posteriormente licitar e contratar o agente econômico privado para a execução do projeto. O maior exemplo consiste no contrato de empreitada, previsto na Lei nº 8.666/1993.<sup>186</sup> Apesar de não serem analisados detidamente no

---

<sup>181</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes..., p. 74.

<sup>182</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. As parcerias público-privadas e políticas públicas de infraestrutura. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 78-81.

<sup>183</sup> MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 123.

<sup>184</sup> MONTEIRO, Vera. *Concessão...*, p. 128.

<sup>185</sup> A respeito da distinção entre os tipos de contratos mencionados, a lição de Marcos Juruena Villela Souto é de veras elucidativa: “(...) a Lei nº 8.666/93, para os contratos de obras públicas e prestação de serviços, exige disponibilidade imediata dos recursos, para desembolso no momento da assinatura do contrato; ademais, a gestão da atividade é pública, ao passo que nos contratos de PPP dá-se um gerenciamento privado de verbas públicas e privadas; na Lei 8.666/93, o pagamento se dá por serviço medido enquanto na PPP é por desempenho do contratado; mas o mais importante é que o modelo da Lei nº 8.666/93 veda a transferência da responsabilidade pela obtenção do financiamento pelo particular (art. 7º, §3º), o que é da essência dos contratos de PPP. Os prazos dos contratos de serviços da Lei nº 8.666/93 não são suficientes para a amortização dos investimentos” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 31).

<sup>186</sup> Em relação aos contratos a que se refere a Lei nº 8.666/1993, Fernando Dias Menezes de Almeida salienta que eles são muito próximos da ideia do que os franceses chamam de *marchés publics*. Por meio de tais contratos, a Administração busca suprir as suas necessidades mais básicas, comprando, vendendo, tomando

presente capítulo, tais contratos também possuem sua importância para a infraestrutura nacional (o problema da falta de pagamento em tais contratos, por exemplo, é um dos principais contratempos causadores de insegurança dos parceiros que pactuam com a Administração e isso, inclusive, ocasiona efeitos reflexos até mesmo para os investidores que pretendem pactuar por meio de um contrato de concessão, conforme será visto no segundo capítulo). Por outro lado, os contratos de investimento consistem em arranjos que não dependem, pelo menos prioritariamente, de receita pública, mas de investimentos privados. O agente econômico privado banca o investimento inicial e, posteriormente, receberá sua contraprestação, seja pelos usuários, seja pelo próprio Estado. Tais contratos são dinâmicos e possuem uma racionalidade completamente diversa dos tradicionais contratos administrativos estáticos, pois geralmente envolvem projetos de longa maturação, isto é, demoram significativamente a gerar o retorno previsto inicialmente.<sup>187</sup> É nesse sentido que Fernando Dias Menezes de Almeida chama atenção para o fenômeno do aumento de complexidade em matéria de contratos pactuados pela Administração, destacando a insuficiência da teoria do contrato administrativo para explicar adequadamente estas novas figuras contratuais.<sup>188</sup> Assim, serão os contratos de investimento (que serão encarados como “contratos regulatórios”, como será demonstrado no segundo capítulo) que receberão maior atenção no presente tópico, tendo em vista o fato de geralmente estarem atrelados a grandes empreendimentos de infraestrutura e, por conseguinte, o protagonismo que assumem em tais setores.

Sendo assim, os principais contratos utilizados pelo Estado para exploração da infraestrutura nacional, mediante aportes dos agentes econômicos privados, consistem na *concessão* – seja mediante sua feição tradicional, a *concessão de serviço público*, precedida ou não da execução de obras públicas, seja por intermédio das modalidades *patrocinada* e *administrativa* (as chamadas parcerias público-privadas) –, na *permissão de serviço público* e na *autorização*, quando a exploração da infraestrutura não está relacionada diretamente à

---

serviços em geral ou fazendo realizarem-se obras públicas (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 215)

<sup>187</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. PPP MAIS: seis pontos-chave para dar início ao debate. *Gazeta do Povo*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/ppp-mais-seis-pontos-chave-para-dar-inicio-ao-debate-6qt61z58aek1hpm2s2d138sm8>>.

Acesso em: 2 out. 2016.

<sup>188</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo...*, p. 236-238.

prestação de um serviço público, já que, como será exposto, trata do exercício privado de uma atividade econômica de titularidade da União Federal.<sup>189</sup>

### **1.3.1 Por meio de concessão (concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obras públicas, e parcerias público-privadas) e permissão de serviço público**

No contexto nacional, a *concessão* possui um papel de destaque enquanto instrumento de viabilização de investimentos em infraestruturas. É principalmente por meio da técnica concessória que o Estado consegue incrementar a infraestrutura, atrair investimentos privados (como forma de complementar a participação pública), reduzir os gargalos da economia e aprimorar a prestação dos serviços públicos aos cidadãos. Na realidade, verifica-se que a técnica da concessão possui uma essencial importância histórica na construção e gestão das infraestruturas públicas.<sup>190</sup>

Vera Monteiro propõe a identificação da concessão com a sua função de “viabilizar a realização de investimentos significativos para promover a disponibilização de bens e serviços à sociedade”.<sup>191</sup> A autora em questão lembra, ainda, que a legislação tem garantido caráter contratual para a concessão – o que indiscutivelmente contribui para a garantia de segurança na relação jurídica concessionária (contribui, mas não garante, porquanto, conforme será visto, são reiterados os casos de quebras de contrato por parte da Administração) –, pois permite estabilidade, “com vigência de longo prazo, para viabilizar a amortização dos investimentos realizados; e com remuneração vinculada a resultados, para permitir a apropriação de possível eficiência empresarial”.<sup>192</sup> Nesse vértice, Egon Bockmann Moreira dá ênfase para a integração cooperativa entre concedente e concessionário, ambas partes unidas

---

<sup>189</sup> Ademais, faz-se imperioso destacar que a exploração da infraestrutura por meio de concessões, permissões e autorizações não configura precipuamente o que geralmente (e de forma descompromissada) se costuma denominar de *privatização*. Nesse passo, Paulo Otero refere-se ao fenômeno como “aquele que se refere à transferência da titularidade de meios de produção, mais concretamente a abertura a agentes económicos privados do capital social de sociedades cuja titularidade do capital pertence a entidades públicas” (OTERO, Paulo. *Privatizações, reprivatizações e transferências de participações sociais no interior do sector público*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 14). Segundo o autor, a mera exploração ou gestão de um meio de produção de titularidade pública pelo setor privado não traduz “o cerne de um real e verdadeiro fenómeno de privatização” (OTERO, Paulo. *Privatizações, reprivatizações e transferências de participações sociais no interior do sector público...*, p. 14). Ao discorrer acerca das diversas formas de privatização, Pedro Gonçalves salienta que ela se trata de um “complexo fenómeno” que ocasiona problemas jurídicos bem diferentes a depender do que se faz referência. Assim, o autor afirma que é “incorrecto fornecer uma resposta global e uniforme para problemas que se concebem substancialmente diversos e que reclamam ponderações jurídicas diferenciadas” (GONÇALVES, Pedro Costa. *Entidades privadas com poderes públicos...*, p. 155).

<sup>190</sup> GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado Regulador. In: MOREIRA, Vital (Org.). *Estudos de Regulação Pública*, vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 237.

<sup>191</sup> MONTEIRO, Vera. *Concessão...*, p. 174.

<sup>192</sup> MONTEIRO, Vera. *Concessão...*, p. 175.



para prestar o serviço e a infraestrutura adequados a uma tarifa módica, à luz do interesse público. Ou seja, não é porque se admite a participação do agente econômico privado na gestão do serviço que isso significa dizer que a concessão configure algo próximo de uma sociedade mercantil (isto é, Poder Concedente, concessionário e usuários estão longe de ser sócios). A racionalidade é completamente diferente, assim como os institutos disciplinadores. Ambos os lados da relação jurídica concessionária – Poder Concedente e concessionário – possuem um escopo comum: a adequada prestação do serviço/infraestrutura concedida. “Trata-se de instrumento de cooperação e complementaridade público-privada, em que os interesses são horizontalmente alinhados e compostos, com vistas à prestação do serviço público cuja adequação persista no tempo”.<sup>193</sup> É nesse contexto, aliás, que Maria Sylvia Zanella di Pietro identifica a concessão como uma forma de descentralização por *colaboração*.<sup>194</sup>

Com efeito, o artigo 175 da Constituição Federal, ao dispor que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”, autoriza expressamente a possibilidade de a prestação do serviço público ser entregue aos particulares. Este instrumento contratual supõe a adesão voluntária de um sujeito particular, o concessionário, à relação jurídica de concessão, para a prestação de um serviço, prestado em nome da coletividade.<sup>195</sup>

A concessão (como gênero), na realidade, não se resume meramente à prestação de um serviço público, mas de um “direito relativo a algo que seja inerente à Administração”. É nesse sentido que, além da prestação de um serviço público, pode se falar também na concessão de uso ou exploração de um bem público.<sup>196</sup> Ademais disso, a Lei Federal nº 8.987/1995, a chamada Lei Geral de Concessões, admite duas hipóteses para a concessão de serviço público: a precedida e a não precedida de obra pública (artigo 2º, incisos II e III). No caso, por exemplo, da concessão do serviço público de saneamento básico, é comum que exista a necessidade de realização de obra pública pela concessionária, anteriormente à prestação do serviço delegado.<sup>197</sup> Ou, também, o caso de construção de aeroporto e sua

---

<sup>193</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...*, p. 38-39.

<sup>194</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 49.

<sup>195</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988...*, p. 142.

<sup>196</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo...*, p. 262. Como repisa Vera Monteiro, a concessão não configura um instrumento exclusivo para a exploração de serviços públicos (MONTEIRO, Vera. *Concessão...*, p. 127).

<sup>197</sup> GABARDO, Emerson; RAZUK, Nahima Peron Coelho. As diretrizes da reversão e transição no caso de extinção das delegações de serviços públicos de saneamento básico. In: PICININ, Juliana; FORTINI,

posterior operação.<sup>198</sup> Apesar do nome, a possibilidade disposta no inciso III do artigo 2º abrange também a possibilidade de que seja concedida, efetivamente, uma obra pública, cuja exploração, independentemente do fato de estar atrelada ao serviço propriamente dito, consiste no modo de remuneração do concessionário.<sup>199</sup> Vale dizer, não se trata da atribuição de um serviço público ao particular, mas, sim, do domínio do bem público construído por ele, que pode cobrar de terceiros pelo uso, obtendo, assim, a remuneração e a amortização do investimento realizado.<sup>200</sup> Simplificadamente, há duas fases na concessão exclusiva de obra pública: a construção da obra, seguida da cobrança. São os casos dos gasodutos, pontes e ferrovias, por exemplo.<sup>201</sup>

Maria Sylvia Zanella di Pietro define a concessão de serviço público “como o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”.<sup>202</sup> Já o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello define o instituto da concessão como a atribuição do exercício de um serviço público, pelo Estado, àquele que aceita realizar tal prestação por sua conta e risco, com a garantia de um equilíbrio econômico financeiro em face do fato da execução do contrato se dar nas condições fixadas e alteráveis pelo Poder Público de forma unilateral, “remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço”.<sup>203</sup> Isto é, nem sempre a remuneração do parceiro privado será por tarifa dos usuários: é o caso do serviço de radiodifusão, cuja remuneração indireta torna o regime jurídico aplicável significativamente peculiar.

---

Cristiana (Org.). *Saneamento Básico: estudos e pareceres à luz da Lei n. 11.445/2007*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 209-235.

<sup>198</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...*, p. 25.

<sup>199</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo...*, p. 265.

<sup>200</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...*, p. 135.

<sup>201</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...*, p. 25.

<sup>202</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública...*, p. 77. A autora faz referência à concessão de serviço público como uma forma de privatização, considerada esta no seu sentido amplo; isto é, abrangendo não apenas a privatização em si mesma como uma das formas de mudança do Estado, mas também outras ferramentas para a sua transformação (como as parcerias público-privadas, a própria concessão de serviço público e a desburocratização) (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública...*, p. 7-8).

<sup>203</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...*, p. 717-718. Por seu turno, Romeu Felipe Bacellar Filho destaca que “o concessionário é remunerado, de um modo geral, por intermédio das tarifas pagas pelos usuários do serviço” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 143).

Lembre-se que, apesar de as atividades serem repassadas aos particulares por meio de concessão, elas não perdem, no entanto, a sua concepção originária de serviço público.<sup>204</sup> Vale dizer, as alterações inerentes à descentralização não afetam a ontologia do serviço, mas tão somente a sua estruturação orgânica, com as consequências advindas desta opção política.<sup>205</sup> Portanto, mesmo que executada por um sujeito particular, remanesce o dever de atender, por óbvio, o interesse público, embora o particular também possua interesses eminentemente privados, com a finalidade de proveito econômico, na exploração do serviço de titularidade estatal. Justamente por manter sua concepção de serviço público, não pode o Estado renunciar a competência constitucionalmente estabelecida, permanecendo, portanto, como titular do serviço concedido; disso, decorre não somente a responsabilidade estatal pela eventual não prestação do serviço, mas também o poder de impor aos concessionários regras inerentes à definição do serviço e do modo como prestá-lo.<sup>206</sup> Por outro lado, mediante o contrato de concessão de serviço público, a Administração desonera-se dos custos que a atividade implica, tendo em vista que não haverá contrapartida a ser suportada pelo Poder Concedente (ao menos na figura da concessão comum), assim como da sua execução.<sup>207</sup>

Fernando Dias Menezes de Almeida, diante do aludido aumento de complexidade das figuras contratuais, faz uma sistematização dos módulos convencionais que têm a Administração como parte e que são necessários para a criação de novas situações jurídicas: o autor classifica eles em módulos convencionais de cooperação, módulos convencionais instrumentais e módulos convencionais de concessão. Em relação a estes últimos, tem-se a concessão (em suas três modalidades: comum, patrocinada e administrativa) e a permissão, destacando que estes módulos são aqueles pelos quais a Administração transfere à outra parte o exercício da atividade ou o uso de elemento que lhe é e continuará sendo próprio, por se vincular à sua função pública. Com efeito, os módulos convencionais de concessão consistem no grupo em que mais se destaca o aumento de complexidade contratual.<sup>208</sup>

Em relação ao percurso histórico da legislação da matéria, inicialmente foi editada a Lei Federal nº 8.987/1995 (a Lei Geral de Concessões); posteriormente, ocorreu a

---

<sup>204</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Concessões, permissões e autorizações de serviço público. In BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 181-182.

<sup>205</sup> GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...*, p. 138.

<sup>206</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo...*, p. 265.

<sup>207</sup> FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos...*, p. 42.

<sup>208</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo...*, p. 261-268. Entre os módulos convencionais de concessão, o autor, coloca, ainda, ao lado da concessão comum, patrocinada e administrativa, a concessão urbanística e a concessão de uso ou de exploração de bem público (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo...*, p. 261).

promulgação da Lei Federal nº 11.079/2004, a Lei das Parcerias Público-Privadas. Ambos os diplomas legais foram expedidos justamente com o objetivo de viabilizar a participação do setor privado em empreendimentos públicos, com a provisão de infraestrutura, mormente a legislação que instituiu as parcerias público-privadas. Este último diploma legal, por intermédio da instituição das modalidades de concessão patrocinada e administrativa, como forma de concretizar os objetivos estatais, incentiva a participação privada através da divisão de riscos, compartilhamento de ganhos, premiando-se, ao final, a eficiência.<sup>209</sup>

Por consequência – diversamente do que ocorre em relação aos setores de infraestrutura explorados por autorização (por inexistir uma legislação regulamentadora sobre o tema) –, no caso dos setores realizados por contratos de concessão, os microssistemas de cada matéria, além do marco regulatório que rege o respectivo setor econômico, possuem também as sobreditas legislações contratuais como diplomas legislativos que, ao menos de forma subsidiária, concedem certa conexão a estes setores. Vale dizer, cada área da infraestrutura, além de ser normatizada pelo diploma específico do respectivo setor (marco regulatório dos portos, de telecomunicações, do saneamento básico etc.), também possui a legislação contratual como parâmetro do microssistema (Lei Geral de Concessões e Lei das Parcerias Público-Privadas). Porém, o grande unificador normativo destas leis microssistêmicas, inclusive no caso das autorizações, continua sendo o texto constitucional, cujo princípios, regras e valores devem sempre condicionar a sua aplicação e interpretação.<sup>210</sup> Afinal, como lembra Alexandre Santos de Aragão, “o Direito dos Serviços Públicos é extremamente setorizado, não havendo um único sistema normativo que abranja todos os serviços públicos, mas sim uma série de microssistemas jurídicos, cada um para uma espécie de serviço público (lei das telecomunicações, lei dos transportes, lei da energia elétrica, etc.)”.<sup>211</sup>

Passa-se à análise, agora, das novas modalidades contratuais de concessão instituídas pela Lei das Parcerias Público-Privadas: a concessão patrocinada e a concessão

---

<sup>209</sup> ROCHA, Igor Gomes. *Eficiência na alocação de riscos em concessões públicas viabilizadoras de infraestrutura...*, p. 2-3.

<sup>210</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. O marco regulatório dos serviços públicos...

<sup>211</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. O marco regulatório dos serviços públicos... É nesse contexto que Alexandre Santos de Aragão destaca uma das principais características do Direito Administrativo Econômico: a organização de seus diplomas legais em redes normativas, isto é, a denominada reticularidade. Conforme destaca o autor, “apoiam-se na Constituição, mas a partir de sua edição legítima, expressa ou implicitamente, pela mera ausência de vedação expressa, uma série de outras fontes normativas: públicas (regulamentos, editais de licitação e contratos de concessão editados pelo Poder Executivo central ou por entidades reguladoras setoriais), semipúblicas (normas de auto-regulação chanceladas pelo poder público) ou privadas (regulamentos das concessionárias, regulamentos de empresa)” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. O marco regulatório dos serviços públicos...).

administrativa. A *concessão patrocinada*, em verdade, não perde a essência de uma concessão de serviço público, tendo como principal distinção em relação ao modelo instituído pela Lei nº 8.987/1995 o modo de remuneração do concessionário, haja vista que na nova modalidade incide, simultaneamente à tarifa cobrada dos usuários, a contraprestação, por parte do Poder Concedente, em forma pecuniária.<sup>212</sup> Já a *concessão administrativa*, segundo Fernando Dias Menezes de Almeida, pode configurar uma concessão de serviço público, nas hipóteses em que seria prestado sem pagamento de tarifas pelo usuário, mas com a Administração arcando com a contraprestação ao parceiro privado, enquanto usuária indireta do serviço. Por outro lado, também pode configurar uma concessão de serviços ao Estado, tendo como objeto os mesmos serviços elencados no artigo 6º da Lei nº 8.666/1993, ou seja, o oferecimento de utilidades à própria Administração, que será identificada como usuária direta dos serviços prestados e deverá arcar com a respectiva remuneração.<sup>213</sup> Para o referido autor, “parece não haver dúvida de que a concessão patrocinada ou a concessão administrativa, esta quando relativa a serviços públicos, sejam espécies de concessão”.<sup>214</sup>

Fernando Dias Menezes de Almeida esclarece a dúvida que poderia surgir em relação à segunda aplicação da concessão administrativa (“concessão de serviços ao Estado”), tendo em vista que nesse caso, em tese, o objeto material da prestação contratual seria exatamente o mesmo do contrato de prestação de serviços dos quais a Administração é tomadora, previsto na Lei nº 8.666/1993. Porém, há elementos na estrutura jurídica do contrato de concessão administrativa que se distanciam daqueles presentes na estrutura jurídica do contrato de prestação de serviços. Enquanto o contrato de serviços limita-se à mera prestação de serviços, a concessão administrativa implica ainda na realização, pelo parceiro privado, de investimentos na infraestrutura necessária aos serviços, de no mínimo R\$ 20 milhões, conforme o artigo 2º, §4º, inciso I, da Lei nº 11.079/2004, os quais terão de ser prestados pelo menos por cinco anos (artigo 2º, §4º, inciso II).<sup>215</sup>

Portanto, a edição da Lei das Parcerias Público-Privadas configurou uma grande novidade no ambiente das contratações públicas e nos setores de infraestrutura, mediante a criação de duas novas espécies de concessão. Isto é, de um lado, o diploma legal possibilitou a criação de condições jurídicas para que os particulares assumissem o compromisso de realizar investimentos na operação de infraestrutura pública não restritiva à oferta de serviços públicos *uti singuli* (através de tarifas pagas pelos usuários), mas também para aquela referente à oferta

<sup>212</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo...*, p. 268.

<sup>213</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo...*, p. 268.

<sup>214</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo...*, p. 268.

<sup>215</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo...*, p. 268-269.

de serviços à própria Administração Pública (como é o caso de penitenciárias, fóruns judiciais etc.). Por outro lado, a legislação aperfeiçoou o tradicional regime de concessões por meio da conjugação entre a tarifa cobrada diretamente dos usuários e a adicional contraprestação pública.<sup>216</sup> Com efeito, as parcerias público-privadas consistem em um elemento valioso na construção e no incremento da infraestrutura, pois o seu mote reside na criação de firmas compromissos financeiros por parte do parceiro público.<sup>217</sup> Entre as principais vantagens proporcionadas pelo sistema de contratação via parcerias público-privadas pode se elencar a alternativa de financiamento, o compartilhamento de riscos, a vantajosidade pública (*value for money*), a sustentabilidade e melhoria do serviço, entre outras vantagens.

Nesse contexto, alguns exemplos de serviços públicos e infraestruturas explorados por contratos de concessão e contratos de parcerias público-privadas são o setor rodoviário, ferroviário, elétrico, saneamento básico, aeroportos, entre vários outros. A Lei nº 9.074/1995 estabeleceu as normas para outorga e prorrogações das concessões e elencou alguns dos setores que se sujeitam às concessões em seu artigo 1º. A Constituição Federal, por outro lado, não estabeleceu um rol fechado de bens e serviços que pode ser executado por delegação, via contrato de concessão (apenas possibilita, ao administrador, a competência para escolher o modelo contratual mais adequado).<sup>218</sup> Na sequência, faz-se breve panorama, não exaustivo, de alguns dos setores de infraestrutura explorados por intermédio de concessão comum ou parceria público-privada.

No setor de *saneamento básico*, por exemplo, em um primeiro momento, a execução do serviço manteve-se notadamente pública, explorado por meio de empresas estatais. Porém, essa tendência veio a ser alterada, especialmente após a edição da Lei das Parcerias Público-Privadas e do novo marco regulatório do setor (Lei nº 11.445/2007 e Decreto nº 7.217/2010), com o ingresso de particulares na prestação dos serviços, por meio da técnica concessória.<sup>219</sup> A tendência no setor consiste na maior participação da iniciativa privada, em substituição às empresas estatais. A fim de afastar a ausência de transparência, planejamento e regulação do serviço público de saneamento, o atual marco regulatório estabelece de forma cristalina a política e as diretrizes do setor. Assim, os contratos de concessão passam a contemplar metas

---

<sup>216</sup> DAL POZZO, Augusto Neves; JATENE, Pedro. Os principais atrativos das parcerias público-privadas..., p. 54-55.

<sup>217</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. As parcerias público-privadas e políticas públicas de infraestrutura..., p. 75.

<sup>218</sup> MONTEIRO, Vera. *Concessão...*, p. 122.

<sup>219</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 173-174.

progressivas e graduais de expansão dos serviços, de qualidade, de eficiência, assim como as condições de sustentabilidade econômico-financeira da sua execução.<sup>220</sup>

A crescente participação dos atores privados por meio da técnica concessória também ocorreu no *setor elétrico*. Inicialmente, tal setor foi concentrado em uma empresa estatal, a Eletrobrás, que possuía, até o início da década de 1990, o controle das usinas de Furnas, Chesf, Eletrosul e Eletronorte, além de 50% de participação acionária brasileira na Itaipu Binacional.<sup>221</sup> Todavia, em virtude das reformas dos anos noventa, o cenário alterou-se. A reforma no setor foi iniciada de fato em 1993 com a promulgação da Lei nº 8.631, que acabou com a tarifa única de energia elétrica, além de tornar obrigatória a assinatura de contratos de suprimento de energia entre geradores e distribuidores.<sup>222</sup> A Lei Geral de Concessões e a Lei nº 9.074/1995 regulamentaram as concessões “de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água”. Este último diploma legal estabeleceu nova disciplina para as concessões de geração de energia e permitiu prorrogação das concessões existentes por um período de 20 anos. Até a edição destes marcos legais, muitas obras estavam paralisadas e as concessões vencidas. Optou-se, assim, por transferir à iniciativa privada a responsabilidade sobre os investimentos e a operação do setor elétrico.<sup>223</sup> A Lei nº 10.848/2004, que consolidou o novo marco regulatório do setor elétrico, alterou a redação da legislação anterior, limitando a prorrogação das concessões contratadas até 11 de dezembro de 2003, a um período adicional de 20 anos. As concessionárias passaram a prestar o serviço de distribuição, transmissão ou geração de energia elétrica.<sup>224</sup> Em 2015, o Tribunal de Contas da União, a despeito de todos os problemas apresentados pelas concessionárias, permitiu a renovação por mais trinta anos de concessões

---

<sup>220</sup> GABARDO, Emerson; RAZUK, Nahima Peron Coelho. As diretrizes da reversão e transição no caso de extinção das delegações de serviços públicos de saneamento básico..., p. 209-235. Os autores ainda destacam, em relação ao instrumento da concessão no setor de saneamento básico, que: “cabe ao delegatário o dever de elaborar e executar, direta ou indiretamente, estudos, projetos, obras e serviços, sempre de forma compatível com as prioridades, os objetivos e as condições estabelecidas no Plano de Saneamento Básico, no contrato de concessão e no Plano Plurianual de Investimentos do Sistema. Assim, estarão necessariamente identificados no edital de licitação, e transportados para o instrumento contratual, os encargos e obrigações de investimentos por parte do delegatário (nos limites das metas de expansão e eficiência e estudo de viabilidade econômica), necessários para manter o adequado funcionamento e propiciar a expansão do serviço público (universalização) (GABARDO, Emerson; RAZUK, Nahima Peron Coelho. As diretrizes da reversão e transição no caso de extinção das delegações de serviços públicos de saneamento básico..., p. 209-235).

<sup>221</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 173. As questões relativas às concessões de geração de energia eram reguladas à época pelo Código de Águas e pelo Decreto nº 41.019/1957.

<sup>222</sup> RAIMUNDO, Lício da Costa. Características do sistema elétrico brasileiro, o marco regulatório e as principais instituições participantes do setor. In: *Infraestrutura e planejamento no Brasil: coordenação estatal da regulação e dos incentivos em prol do investimento – o caso do setor elétrico*. Brasília: IPEA, 2012, p. 72.

<sup>223</sup> RAIMUNDO, Lício da Costa. Características do sistema elétrico brasileiro..., p. 72.

<sup>224</sup> RAIMUNDO, Lício da Costa. Características do sistema elétrico brasileiro..., p. 76-77.

de empresas de distribuição de energia elétrica, alegando que não havia outra solução possível a não ser a renovação a fim de evitar o caos no sistema elétrico do país.<sup>225</sup>

No caso dos *aeroportos*, a exploração tradicionalmente também foi feita por uma empresa estatal, a Infraero. No entanto, diante da necessidade crescente de investimentos para a manutenção da qualidade do atendimento nos aeroportos do país – e do mesmo modo que acontece em outros setores –, a exploração dos aeroportos vem sendo repassada à iniciativa privada através da técnica concessória. Desde 2011, os aeroportos de São Gonçalo do Amarante (RN), Guarulhos (SP), Viracopos (SP), Brasília (DF), Galeão (RJ) e Confins (MG) fazem parte de um programa de desestatização do setor.<sup>226</sup>

No caso das *rodovias* nacionais, um pouco menos de 10% encontra-se sob a concessão da iniciativa privada. No período posterior à Segunda Guerra, a centralização das atividades administrativas propiciou a implantação de uma grande infraestrutura de transportes, especialmente a rodoviária (mormente por meio de empresas estatais).<sup>227</sup> Nesse cenário, o setor rodoviário teve grande expansão e crescimento a partir da década de 1950 e, a partir de então, tem sido uma das maiores preocupações em vista de sua função estratégica de integração territorial e escoamento da produção nacional.<sup>228</sup> A partir da década de 1980, o governo federal passou a estimular o transporte de passageiros interestadual e internacional mediante vias rodoviárias, esquecendo-se da ausência de condições financeiras adequadas à sua devida manutenção e de que este modal é indicado para transferências em pequenas distâncias.<sup>229</sup> Justamente em razão das condições financeiras, retornou-se na década de 1990 à possibilidade de exploração pela iniciativa privada, através de contratos de concessão comuns e parcerias-público privadas. A escolha entre a concessão comum e a concessão patrocinada é condicionada pela capacidade de a tarifa exequível garantir a viabilidade econômica da obra.

---

<sup>225</sup> Como justificativa para a inviabilidade fática de novas licitações, o Ministério de Minas e Energia apresentou alguns vários argumentos, entre elas a piora no cenário econômico do Brasil, o alto endividamento das empresas causado pela crise no setor elétrico, a escassez de investimentos no setor até a nova licitação e, até mesmo, o fato de a maioria das empresas serem estatais que, caso não tivessem seus contratos renovados, poderiam falir e levar prejuízo para os contribuintes (que teriam que arcar com empréstimos e dívidas trabalhistas). O ministro relator do caso no TCU, José Múcio, entendeu que poderia não haver interessados na disputa e a demora em encontrar novos concessionários impediria a oportunidade de investimentos, piorando a qualidade do serviço. Além do mais, o risco de não haver interessados seria enorme (“TCU permite renovação por 30 anos de concessões no setor elétrico”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/09/1679634-tcu-permite-renovacao-por-30-anos-de-concessoes-no-setor-eletrico.shtml>>. Acesso em: 15 maio 2016).

<sup>226</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 177.

<sup>227</sup> GABARDO, Emerson. Competência para a prestação de serviços públicos e o transporte coletivo rodoviário no meio ambiente urbano. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, p. 143-174, jul./set. 2009. p. 164.

<sup>228</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 177-178.

<sup>229</sup> GABARDO, Emerson. Competência para a prestação de serviços públicos e o transporte coletivo rodoviário no meio ambiente urbano..., p. 165.



Enquanto a concessão comum é viável nos casos em que a receita esperada das tarifas assegure a rentabilidade do empreendimento, a concessão patrocinada, por outro lado, amplia as possibilidades de remuneração ao prever o subsídio e a mobilização de diversos mecanismos que são destinados a ocasionar um aumento da rentabilidade do serviço.<sup>230</sup> O Programa de Concessão de Rodovias Federais abrange concessões promovidas pelo Ministério dos Transportes, pelos governos estaduais (mediante delegações com fulcro na Lei nº 9.277/96), e pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).<sup>231</sup> Contudo, como será pontuado adiante, o sistema duplo de regulação (regulação por contrato e por agência) deveria induzir que a agência reguladora não atuasse como Poder Concedente, a fim de que não surjam problemas regulatórios durante a execução do contrato de concessão.

Insta ressaltar que os contratos que exigem a realização de obras, como é o caso, por exemplo, do setor de saneamento e, em algumas hipóteses, o caso das rodovias, acabam por onerar de forma diferenciada o particular.<sup>232</sup> Nestas situações, a remuneração conecta-se indiscutivelmente à questão da duração da concessão. Em verdade, a equação econômico-financeira de qualquer contrato de concessão depende do prazo, assim como da tarifa. Portanto, ainda que o Poder Público possua prerrogativas de alteração unilateral do contrato, o concessionário ainda mantém direito ao recebimento do valor na sua íntegra (pelo menos aquele que perceberia se fosse mantida a concessão até a conclusão normal do contrato).<sup>233</sup>

Este é apenas um breve panorama de alguns dos setores de infraestrutura explorados por concessão e por parcerias público-privadas. Os setores de portos e telecomunicações, por exemplo, também possuem a concessão atrelada à exploração pela iniciativa privada, no entanto, tais áreas serão melhores analisadas na sequência quando da análise do instrumento da autorização, haja vista o destaque que este instrumento assume em tais setores.

Já no tocante à *permissão de serviço público*, o artigo 175 da Constituição também autoriza expressamente a possibilidade de a prestação do serviço público ser entregue aos

---

<sup>230</sup> GUIMARÃES, Eduardo Augusto. Regulação no setor de transporte terrestre no Brasil. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito e Economia na Regulação Setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 116-117.

<sup>231</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Disponível em: <[http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/5261/Concessoes\\_Rodoviaras.html](http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/5261/Concessoes_Rodoviaras.html)>. Acesso em: 15 maio 2016.

<sup>232</sup> No caso das rodovias, o contrato de concessão configura uma concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, pois além da construção e/ou recuperação da rodovia há conjugação com a gestão de serviços de manutenção viária, engenharia de tráfego, sistemas de controle e inspeção, balanças de pesagem, resgate paramédico, atendimento pré-hospitalar etc. Isto é, a atuação do concessionário consiste na operação da rodovia, não somente a construção/reforma de uma obra pública (MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...*, p. 25).

<sup>233</sup> GABARDO, Emerson; RAZUK, Nahima Peron Coelho. As diretrizes da reversão e transição no caso de extinção das delegações de serviços públicos de saneamento básico..., p. 209-235.

particulares. Em relação a tal figura, cumpre sublinhar que o dispositivo constitucional e o artigo 40 da Lei nº 8.987/95, ao lhe concederem caráter contratual, romperam com uma tradição doutrinária que destacava o caráter unilateral da permissão. Em verdade, o caráter precário, unilateral e discricionário da permissão nunca foi absoluto, pelo menos na prática, pois o instrumento era manifestamente incompatível com a prestação de diversos serviços públicos que exigiam elevado investimento.<sup>234</sup> Afinal, afigurava-se contraditório para o particular realizar enormes aportes e explorar determinado serviço infraestrutural sem as respectivas garantias e a necessária segurança jurídica que o instrumento contratual concede.

Nesse passo, Vitor Rhein Schirato salienta que o artigo 175 do texto constitucional, no inciso I de seu parágrafo único, expressamente determinou o caráter contratual e a necessidade de processo licitatório prévio à outorga da permissão, equiparando tal figura às concessões. O autor defende que “atualmente, não há distinções relevantes entre os institutos da concessão e da permissão de serviços públicos”.<sup>235</sup> Nesse mesmo vértice, Fernando Dias Menezes de Almeida aponta que se afigura estreita a distinção qualitativa entre permissão e concessão, pelo menos após a edição da Lei nº 8.987/95.<sup>236</sup> Por sua vez, Odete Medauar aponta duas diferenças básicas entre permissão e concessão. Em primeiro lugar, a diferença que decorre da natureza da pessoa: enquanto no caso das concessões, apenas pessoas jurídicas ou consórcios de empresas podem integrar a relação jurídica concessionária, para as permissões são permitidas pessoas físicas e jurídicas. Além disso, a autora destaca que a figura da concessão destina-se a serviços de longa duração, enquanto a permissão trata de serviços de média ou curta duração.<sup>237</sup>

Segundo Egon Bockmann Moreira, a permissão situa-se num meio-termo entre a concessão e a autorização, cuja identificação somente é perceptível mediante um exame do caso concreto. Assim, é mais fácil destacar o que não é uma permissão e o que somente nela existe. Existem algumas características básicas e típicas da permissão, visto que somente ela é passível de outorga: a) para pessoa física; b) a título precário, e d) mediante contrato de adesão.<sup>238</sup> Apesar do inciso I do artigo 2º da Lei Geral de Concessões falar em “título

---

<sup>234</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 304.

<sup>235</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos...*, p. 304-305.

<sup>236</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo...*, p. 266.

<sup>237</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 340.

<sup>238</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Notas sobre a permissão de serviço público no direito brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, maio/jun./jul., 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-EGON-BOCKMANN.pdf>> Acesso em: 26 abr. 2016, p. 3-4. Por outro lado, estão definitivamente excluídas do regime de permissão os negócios jurídicos que: a) exijam a execução de obras públicas; b) sejam

precário” e dele não constar a expressão “prazo determinado”, é evidente que daí não pode se concluir que as permissões sejam outorgadas com pouca ou nenhuma estabilidade e/ou eternamente.<sup>239</sup> Cristiana Fortini, por sua vez, entende que não há como afastar a menção legal à precariedade. A conclusão da autora é no sentido de que é possível reconhecer o caráter contratual da permissão, todavia, ao contrário do que ocorre em relação às concessões, o pacto não se encontra delimitado do ponto de vista temporal. A inexistência de prazo fixado no contrato refletiria a precariedade da permissão, visto que o permissionário não possui expectativa quanto à duração do contrato que, a qualquer tempo, poderia ser desfeito.<sup>240</sup>

O fato de determinado particular ser signatário de um contrato de permissão, em relação a um concessionário, por exemplo, obviamente não configura uma proteção menor em termos de direitos e garantias contratuais. Assim, os permissionários também têm assegurado o direito a um regime tarifário que garanta rentabilidade proporcional ao investimento efetuado, assim como indenização pelos lucros cessantes e danos emergentes caso sua extinção prematura os gerar.<sup>241</sup> A leitura contratual das permissões (e, como será visto, o mesmo ocorre em relação às autorizações) contribui na consolidação de segurança, concedendo uma proteção reforçada aos agentes econômicos privados. A bilateralidade, elemento essencial de qualquer contrato, traz segurança para o parceiro privado.

A permissão de serviço público tradicionalmente se fez presente no setor de *transporte coletivo de passageiros*. No caso desse setor, as permissões sempre foram marcadas pelo caráter contratual, em oposição à caracterização defendida pela doutrina tradicional, o que eliminava a sua condição de precariedade absoluta. O vínculo jurídico da permissão no setor de transporte coletivo possuía características próximas de uma concessão de serviço público, o que a afastava da construção doutrinária do instituto da permissão.<sup>242</sup>

---

investimentos de longa maturação; c) sem outorgados sem processo licitatório; d) permitam a apresentação do projeto básico por parte dos interessados; e) exijam aportes de recursos públicos; f) sejam instrumentalizados por meio de um ato unilateral; e g) permitem uma proposta que traga novos aportes aos termos do edital e do modelo do contrato, inovando-os ou preenchendo as lacunas (MOREIRA, Egon Bockmann. Notas sobre a permissão de serviço público no direito brasileiro..., p. 3).

<sup>239</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Notas sobre a permissão de serviço público no direito brasileiro..., p. 4.

<sup>240</sup> FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos...*, p. 37.

<sup>241</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Notas sobre a permissão de serviço público no direito brasileiro..., p. 5.

<sup>242</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Transição da exploração precária para o regime de concessões: o caso do transporte coletivo de passageiros. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, maio/jun./jul., 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>> Acesso em: 26 abr. 2016, p. 21. Sobre o serviço público de transporte de passageiros, Emerson Gabardo aduz que “não há uma única competência para a prestação dos serviços de transporte coletivo de passageiros no Brasil. Todos os entes federativos possuem competência própria para a atividade, dependendo do seu nível de abrangência territorial. A União é responsável pelos serviços de transporte internacional e interestadual, os Estados prestam os serviços intra-estaduais e os Municípios o tipicamente urbano. Tais serviços, nos termos do artigo 175 da Constituição podem ser

Após a exposição feita em relação aos instrumentos contratuais da concessão e da permissão, passa-se, na sequência, a debater a respeito da autorização em setores de infraestrutura como portos e telecomunicações e suas peculiaridades em relação à construção doutrinária tradicional do instituto.

### **1.3.2 Por meio de autorização: as autorizações regulatórias e o Direito Privado Administrativo**

Segundo a tradicional doutrina do Direito Administrativo, a *autorização* é tida como um ato administrativo discricionário, unilateral e de natureza precária, sem caráter contratual. A definição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello é amplamente disseminada na doutrina pátria: “autorização é o ato administrativo discricionário, unilateral, pelo qual se faculta, a título precário, o exercício de determinada atividade material, que sem ela seria vedado”.<sup>243</sup> Por sua vez, Maria Sylvia Zanella di Pietro defende que é possível falar em autorização de serviço público, a título precário, ao lado da permissão e da concessão de serviço público. Além do mais, para a referida autora, “sendo a autorização, por definição, um ato precário, a rigor deve ser outorgada sem prazo, de tal forma que o Poder Público pode revogá-la, a qualquer momento, sem direito à indenização”.<sup>244</sup>

Esta configuração clássica de autorização – à semelhança do que foi dito em relação à permissão de serviço público – afigura-se incompatível com um cenário em que se pretenda conferir segurança jurídica aos agentes econômicos envolvidos na exploração de determinada atividade econômica. Conforme destaca Vitor Rhein Schirato, “as atividades que a Constituição arrola como passíveis de autorização demandam altíssimas montas de investimento, o que é por completo incongruente com um regime de precariedade”.<sup>245</sup> Uma perfunctória análise de alguns setores econômicos – como é o caso do setor portuário e do setor de telecomunicações –, demonstra que nem sempre a autorização vem imbuída de tais

---

descentralizados mediante a utilização da “outorga” a entidade administrativa estatal ou por intermédio da delegação propriamente dita (com atribuição da execução do serviço ao particular e resguardo da titularidade ao ente político). Se prestada diretamente, precisará de lei autorizativa de iniciativa do chefe do Poder Executivo; se indiretamente, além da respectiva lei, também de licitação promovida pela mesma autoridade. (...) Apesar das opções jurídicas pela prestação direta ou indireta dos serviços públicos, historicamente, o transporte coletivo em geral sempre foi entregue à execução da iniciativa privada no Brasil” (GABARDO, Emerson. Competência para a prestação de serviços públicos e o transporte coletivo rodoviário no meio ambiente urbano..., p. 160).

<sup>243</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. 3. ed. vol. I. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 560-561.

<sup>244</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública...*, p. 138-140.

<sup>245</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos...*, p. 314.

características (isto é, um ato administrativo discricionário, unilateral e precário).<sup>246</sup> Em verdade, as características tradicionais do instituto da autorização, como a precariedade, foram moldadas pela doutrina administrativista sem qualquer base no Direito positivo.<sup>247</sup> Trata-se, pois, de uma verdadeira *autorização empoeirada*, que definitivamente não se adapta às atividades elencadas no artigo 21 do texto constitucional.

Com efeito, as *autorizações regulatórias* são absolutamente distintas das tradicionais autorizações de polícia.<sup>248</sup> O instituto previsto no artigo 21 da Constituição Federal configura categoria *sui generis* de outorga de serviços imputados ao Estado, que não se submetem tão somente ao mesmo regime de concessão e permissão (serviço público), mas também àquele regime jurídico disposto pelo legislador infraconstitucional (que não caracteriza um serviço público). Configura, portanto, uma *terceira via* das atividades imputadas ao Poder Público, com submissão ao regime jurídico de Direito Privado Administrativo, por meio de atividade econômica especialmente regulada pelo Estado (acesso, prestação, preços, número de autorizados, possibilidades de investimentos etc.).<sup>249</sup> “A autorização tornou-se, portanto, um *tertium genus*: não é o regime próprio dos tradicionais serviços públicos, nem tampouco do extrato comum a todas as atividades econômicas privadas. Trata-se da autorização para o exercício privado de determinadas tarefas econômicas de titularidade da União (...)”.<sup>250</sup> Vale dizer, a autorização assume a condição de um verdadeiro ato constitutivo, que insere o particular em setor jurídico-econômico inicialmente reservado ao Estado, e mandamental, pois prescreve diversos deveres a serem cumpridos pelo autorizado. Como lembra Egon Bockmann Moreira, “a autorização ora tratada é muito mais densa que aquela de outrora; instala complexo de prestações e deveres para ambas as partes – de execução por parte do autorizado e de supervisão por parte do autorizador”.<sup>251</sup>

---

<sup>246</sup> MONTEIRO, Vera. *Concessão...*, p. 89.

<sup>247</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos...*, p. 312.

<sup>248</sup> Utiliza-se aqui o termo *autorizações regulatórias* justamente com a finalidade de diferenciá-las das tradicionais autorizações do poder de polícia.

<sup>249</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...*, p. 66-67. Conforme destaca Fernando Menegat, estas novas autorizações traduzem o exercício da função regulatória da Administração Pública, em oposição à tradicional função de poder de polícia das autorizações clássicas, diretamente relacionada à ordenação pública de setores econômicos de titularidade estatal (MENEGAT, Fernando. *Autorizações administrativas regulatórias: a evolução do Direito Administrativo e a mutação das autorizações nos setores de infraestrutura*. Curitiba, 2014. 363f. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 333).

<sup>250</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...*, p. 68.

<sup>251</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...*, p. 69. Trata-se do mesmo posicionamento adotado por Alexandre Santos de Aragão. Para o mencionado autor, as autorizações do artigo 21 da Constituição Federal configuram atividades que “se encontram no meio-termo entre os serviços públicos, que são atividades desempenhadas diretamente ou indiretamente (por delegação à iniciativa privada) pelo próprio Estado em razão da impossibilidade de a iniciativa privada atender os interesses públicos pertinentes, e as

Portanto, não se trata da execução de um serviço público, como defende di Pietro,<sup>252</sup> mas do exercício privado de uma atividade econômica de titularidade da União, como é o caso da exploração privada dos portos e do setor de telecomunicações. Cristiana Fortini, nesse vértice, entende não haver autorização que se destine a possibilitar o exercício de um serviço público pelo particular.<sup>253</sup> No mesmo sentido, Vitor Schirato salienta que “as autorizações mencionadas no artigo 21 da Constituição Federal não tem como objeto a delegação de um serviço público, mas, sim, de atividades desenvolvidas em setores que muitas vezes são setores de serviços públicos, as quais, não raro, serão materialmente concorrentes dos serviços públicos”.<sup>254</sup> Ainda, Marçal Justen Filho também afirma que a figura da autorização prevista no artigo 21 é incompatível com a existência de serviço público.<sup>255</sup>

É a mesma conclusão alcançada por Egon Bockmann Moreira. O autor destaca que a Constituição, quando prevê em seu artigo 175 a incumbência de prestação dos serviços públicos ao Poder Público, refere-se apenas aos instrumentos da concessão e da permissão, omitindo-se em relação às autorizações. Por sua vez, o artigo 21, quando imputa uma série de atividades à União Federal (por meio de concessão, permissão e autorização), nada fala de serviços públicos. Nas palavras do autor: “não é o art. 21, quando imputa tais atividades à União, que fala de ‘serviços públicos’. Não é o art. 21 que fala de ‘licitação’. Ambos os conceitos são oriundos do art. 175, que correlaciona os conceitos de ‘licitação’ a ‘serviços públicos’ unicamente para os módulos contratuais da concessão e da permissão”.<sup>256</sup> E arremata destacando que não “há qualquer dispositivo constitucional que vincule as autorizações à ideia e ao regime do serviço público”.<sup>257</sup>

Fernando Menegat chama atenção para a mutação conceitual ocorrida no seio da noção de serviço público diretamente relacionada às especificidades que as autorizações

---

atividades econômicas privadas não sujeitas a controle ou sujeitas apenas a um controle de polícia administrativa geral (...)” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades privadas regulamentadas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 225).

<sup>252</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública...*, p. 138-140.

<sup>253</sup> FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos...*, p. 33. Cristiana Fortini, em oposição à Maria Sylvia Zanella di Pietro, destaca que “os serviços prestados sob o regime privado não são serviço público, mas atividades que se inserem no campo da livre iniciativa e que, contudo, precisam ser controladas pelo Poder Público”. E, continua salientando que “atribuir a determinada atividade a natureza de serviço público é missão do legislador. Assim, a execução da atividade recai sobre o Poder Público que, existindo previsão no ordenamento jurídico, como ocorre no Brasil, pode estabelecer parcerias com os particulares, procurando viabilizar o exercício” (FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos...*, p. 32).

<sup>254</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos...*, p. 316.

<sup>255</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 15 e 21.

<sup>256</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Portos brasileiros e seus regimes jurídicos. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 50.

<sup>257</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Portos brasileiros e seus regimes jurídicos..., p. 50-51.

previstas no artigo 21 da Constituição adquiriram. Segundo Menegat, ocorreu um abandono da relação automática entre a titularidade estatal sobre uma atividade e sua qualificação como um serviço público. Abandonou-se, assim, “a necessidade de sua exploração em regime de monopólio/exclusividade, o que possibilitou a inserção de regime concorrencial sem prescindir do vínculo da atividade com o Estado”.<sup>258</sup> Nesse passo, pode-se dizer que as autorizações do artigo 21 se aproximam das noções europeias de “serviço econômico de interesse geral”.<sup>259</sup> No mesmo sentido, Schirato salienta que a figura prevista no artigo 21 da Constituição adquire contornos muito próximos aos da autorização operacional necessária para o exercício de atividades econômicas de interesse coletivo existente na Europa.<sup>260</sup>

O setor de telecomunicações serve de bom exemplo para tais peculiaridades das autorizações regulatórias.<sup>261</sup> A Lei nº 9.472/1997 disciplina os serviços de telecomunicações e divide-os em duas espécies, utilizando como marco o regime jurídico a que se sujeitam. Vale dizer, os serviços prestados em regime público são prestados por meio de concessão ou permissão, conforme prevê o artigo 63, parágrafo único, do citado diploma legal; já os

---

<sup>258</sup> MENEGAT, Fernando. *Autorizações administrativas regulatórias...*, p. 330. Nesse sentido, para o autor, um dos principais instrumentos utilizados pelo legislador infraconstitucional para romper com os monopólios e instituir a concorrência em atividades de titularidade estatal, que são qualificadas como serviço público, foi, justamente, a autorização administrativa regulatória. Para Fernando Menegat, as autorizações administrativas servem precipuamente “como instrumento regulatório golpeador dos monopólios” (MENEGAT, Fernando. *Autorizações administrativas regulatórias...*, p. 331). Menegat salienta que as denominadas autorizações administrativas regulatórias não tratam de um serviço público, mas compõem um *tertium genus*, algo *sui generis*, mormente em razão da impossibilidade de serviços públicos serem autorizados, conforme previsão constitucional e da manifesta titularidade estatal sobre as atividades, conforme disposição contida no artigo 21, da Constituição Federal. O autor, assim, propõe a utilização do termo “serviços de interesse econômico geral” para denominar as atividades submetidas à autorização regulatória. Nas palavras do mencionado autor: “os serviços de interesse econômico geral brasileiros seriam, assim, compostos por atividades econômicas de titularidade pública que, diante de características especiais apreendidas pelo legislador, não são qualificadas como serviço público, exploradas pelos privados mediante outorga na modalidade autorização regulatória, sob o regime de direito privado (administrativo), em concorrência com outros prestadores” (MENEGAT, Fernando. *Autorizações administrativas regulatórias...*, p. 332-333).

<sup>259</sup> Como lembra Marcos Juruena Villela Souto, “a incorporação ao direito brasileiro das noções europeias de ‘serviço econômico de interesse geral’ (aqui, muitas vezes, traduzida como ‘serviços público prestados em regime privado’), acabou por implicar no uso da ‘autorização’ para admitir a prestação, em regime privado, de serviços públicos (em muito se assemelhando ao modelo americano de licenciamento das atividades de utilidade pública (*public utility*)). Neste caso, a lei definirá que atividades podem ser objetos de autorização; entretanto, ao contrário do que ocorre no modelo americano, a titularidade da atividade permanece com o Poder Público (...)” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004, p. 76).

<sup>260</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos...*, p. 317.

<sup>261</sup> Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas atenta-se para as diferenças em relação à configuração tradicional do instituto. Para o autor, “se a ‘autorização’ tradicional do direito administrativo é precária e discricionária, a autorização do direito das telecomunicações se enquadra no extremo oposto. Não se trata aqui de nenhuma construção doutrinária. Na verdade, é a própria Lei Geral que define ‘autorização de serviço de telecomunicações’ como o ato administrativo vinculado que faculta exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias” (MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *Direito das telecomunicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 154-155).

serviços prestados em regime privado são autorizados, conforme disposição contida no artigo 131 da Lei Geral de Telecomunicações.<sup>262</sup> Portanto, a autorização em tal setor está destinada para a prestação de serviços em regime privado.<sup>263</sup> “A regra é a liberdade de ação dos agentes econômicos, inclusive no tocante à fixação do preço”.<sup>264</sup> A Lei nº 9.472/1997 não revestiu a autorização com as tradicionais características que definem o instituto, como é o caso da precariedade e do caráter discricionário. Ao estabelecer condições subjetivas e objetivas para a obtenção da autorização do serviço, a legislação de telecomunicações definiu a autorização como um ato vinculado; também assegurou um prazo mínimo para o particular explorar o serviço, estabelecendo, ainda, o direito à indenização prévia na hipótese de paralisação e extinção da autorização por razões de interesse público.<sup>265</sup>

O setor dos portos adota uma organização semelhante e também serve de exemplo para esta configuração diferenciada das autorizações em relação às características tradicionais do instituto. Segundo os termos dispostos na Constituição Federal, a execução das atividades portuárias é submetida à exploração direta pela União e/ou três módulos contratuais: autorização, concessão e permissão. Por sua vez, a Lei nº 12.815/2013 consolidou três regimes jurídicos: a concessão, a autorização e o arrendamento portuário. “Isso importa dizer que – ao menos nos estritos termos da Lei dos Portos – as modalidades contratuais são três, delas não constando a permissão”.<sup>266</sup> Cada uma destas espécies contratuais é relacionada ao seu respectivo regime jurídico. A diferença, em relação à Lei nº 9.472/1997, é que a Lei dos Portos não associou expressamente, por meio de um dispositivo específico (como o artigo 63 da Lei Geral de Telecomunicações), os respectivos regimes incidentes; e até por isso nem sempre será somente de Direito Público e nem sempre será de Direito Privado, mas com várias nuances público-privadas.<sup>267</sup> Em verdade, a partir do marco regulatório de 2013 é a poligonal do porto organizado que delimita os parâmetros que configuram a assimetria regulatória do setor.<sup>268</sup> E, nesse contexto, o artigo 2º, inciso XII, da Lei dos Portos, define autorização como a outorga de direito à exploração de instalação portuária localizada *fora da*

---

<sup>262</sup> FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos...*, p. 31.

<sup>263</sup> “É importante lembrar que a Lei nº 9.472/97, em seu art. 126, esclarece que ‘a exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica’, corroborando a conclusão de que não se trata de atividade compreendida como serviço público” (FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos...*, p. 33).

<sup>264</sup> FARACO, Alexandre Ditzel. Regulação das Telecomunicações. In: SCHAPIRO, Mario Gomes. *Direito e Economia na Regulação Setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 58.

<sup>265</sup> MONTEIRO, Vera. *Concessão...*, p. 90-91.

<sup>266</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Portos brasileiros e seus regimes jurídicos..., p. 34.

<sup>267</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Portos brasileiros e seus regimes jurídicos..., p. 34.

<sup>268</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A nova regulação portuária*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 72.



*área do porto organizado* e formalizada mediante *contrato de adesão*.<sup>269</sup> Dessa forma, a autorização no setor portuário, assim como ocorre no setor de telecomunicações, definitivamente não está associada à prestação de um serviço público (tendo em vista que está atrelada às áreas localizadas fora da área de porto organizado), mas, sim, de uma atividade econômica de titularidade da União Federal explorada por agentes econômicos privados.<sup>270</sup>

Maria Sylvia Zanella di Pietro pontua que o conceito de autorização pela Lei nº 9.472/1997 (e, por consequência, presume-se que a crítica da autora se estende à nomenclatura utilizada pela Lei nº 12.815/2013) foi utilizado indevidamente pelo legislador infraconstitucional (no lugar de licença), não se amoldando ao conceito doutrinário tradicional do instituto. Para a autora, “fácil é intuir a razão dessa confusão terminológica, em nada benéfica para os estudiosos do Direito Administrativo e Constitucional”.<sup>271</sup> Todavia, a mencionada autora apega-se unicamente a conceitos doutrinários de Direito Administrativo (que não encontram necessária correspondência no Direito Positivo pátrio), e, assim, acaba por se desgarrar do que se desvela na realidade normativa brasileira (pelo menos em setores como portos e telecomunicações), que, em verdade, demonstra que a utilização do conceito de autorização – pelo menos no caso de setores como portos e telecomunicações – afasta-se e muito de uma *autorização empoeirada* encarada como um ato discricionário, unilateral e precário.<sup>272</sup> O Direito Administrativo dos tradicionais manuais e cursos da disciplina distancia-se profundamente do que efetivamente acontece na realidade da prática administrativa.<sup>273</sup> Nesse sentido, Jacinto Arruda Câmara, ao escrever sobre a Lei Geral de

---

<sup>269</sup> Ainda, o artigo 8º da Lei dos Portos dispõe que: “serão exploradas mediante *autorização*, precedida de chamada ou anúncio públicos e, quando for o caso, processo seletivo público, as instalações portuárias localizadas *fora da área do porto organizado*, compreendendo as seguintes modalidades: I – terminal de uso privado; II – estação de transbordo de carga; III – instalação portuária pública de pequeno porte; IV instalação portuária de turismo”.

<sup>270</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A nova regulação portuária...*, p. 65.

<sup>271</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública...*, p. 142.

<sup>272</sup> A utilização do termo “poder de polícia” (costumeiramente associado ao conceito de autorização elaborado pela doutrina tradicional do Direito Administrativo), por exemplo, constitui um claro exemplo de termo ultrapassado no Direito Administrativo atual. Carlos Ari Sundfeld, nesse passo, propõe a substituição do termo pela ideia de administração ordenadora, tendo em vista a inconveniência que o conceito poder de polícia possui, além de propugnar por uma substituição metodológica. “A ideia de administração ordenadora surge de outra ordem de raciocínio. Como ponto de partida, ela nega a existência de uma faculdade administrativa, estruturalmente distinta das demais, ligada à limitação dos direitos individuais. O poder de regular originariamente os direitos é exclusivamente da lei. As operações administrativas destinadas a disciplinar a vida privada apresentam-se, à semelhança das outras, como aplicação das leis” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 17).

<sup>273</sup> A afirmação é de Eberhard Schmidt-Assmann, que discorre a respeito da chamada reforma do Direito Administrativo. O referido autor salienta que o *modelo administrativo tradicional* está ligado umbilicalmente em sua origem ao Estado Liberal, que se caracteriza precipuamente a partir da estrita observância do princípio da separação dos poderes. A Administração Pública caracteriza-se neste modelo por uma função de somente dar fiel cumprimento ao já definido pelo legislador. Segundo Schmidt-Assmann, “*esa tríada de ideas y presunciones* –

Telecomunicações e em oposição à lição de di Pietro, destaca que “ao invés de se interpretar o Direito posto e, a partir dele, revelar-se o significado dos institutos, toma-se como fonte conceitual a própria doutrina, pondo-a como paradigma a ser observado pelo legislador (mesmo que seja o constituinte originário)”.<sup>274</sup> O referido autor, outrossim, destaca que “ao invés de se reformular a teoria, busca-se rejeitar e negar a realidade pesquisada” e conclui destacando que “a análise do Direito posto (e também do Direito Comparado contemporâneo) revela que não se pode advogar a existência de um conceito único de autorização”.<sup>275</sup> No mesmo sentido, Vitor Rhein Schirato afirma que “em decorrência do novo regime constitucional das autorizações, procurou a doutrina que a Constituição se adaptasse aos conceitos previamente existentes, ao invés de procurar a mesma doutrina entender os novos contornos do instituto da autorização”.<sup>276</sup>

Em meio a esse contexto, tem-se, portanto, que as autorizações regulatórias previstas no artigo 21 da Constituição Federal permitem a *exploração privada da infraestrutura*, como ocorre nos casos dos setores de portos e telecomunicações, com indiscutíveis reflexos para o desenvolvimento socioeconômico do país; e por isso mesmo, como será estudado no próximo capítulo, são utilizadas como instrumentos de regulação da economia e instituidoras de políticas públicas. Configuram, portanto, atividades econômicas de titularidade da União Federal exploradas por agentes econômicos privados que demandam um grau maior de regulação estatal, em virtude da estrutura de mercado na qual se inserem.<sup>277</sup> Constituindo

---

*la unicidad, o la unitariedad, de la Administración; la formalización de sus acciones; y la aplicación del Derecho entendida como mera ejecución – conforman um modelo muy compacto y cerrado em sí mismo: uma idea se deduce de la anterior e así sucesivamente. En su simplicidad reside la fascinación que ejerce”* (SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo..., p. 34-36).

<sup>274</sup> CÂMARA, Jacintho Arruda. As autorizações da Lei Geral de Telecomunicações e a teoria geral do direito administrativo. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações* 2/55-68. Belo Horizonte, Fórum, jul./dez. 2007.

<sup>275</sup> CÂMARA, Jacintho Arruda. As autorizações da Lei Geral de Telecomunicações e a teoria geral do direito administrativo... Para o autor, “a realidade jurídica revela a convivência de diversas acepções do termo ‘autorização’. O conceito de autorização nos serviços de radiodifusão não é o mesmo empregado nos de telecomunicações. (...) A ausência de um modelo pode ser frustrante ou angustiante para quem se acostumou com fórmulas preconcebidas (mesmo que artificiais). No entanto, esta é a situação presente no ordenamento jurídico brasileiro de há muito. A utilização dada ao termo na Lei Geral de Telecomunicações, certamente por sua notoriedade e repercussão, chamou a atenção da doutrina para o descompasso entre suas lições e a prática. Seria importante que, ao invés de tratar esse eloquente exemplo de defasagem como um ‘equivoco’ do legislador, a doutrina aproveitasse a oportunidade para reformular suas afirmações em torno do instituto” (CÂMARA, Jacintho Arruda. As autorizações da Lei Geral de Telecomunicações e a teoria geral do direito administrativo...).

<sup>276</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos...*, p. 313). Para o referido autor, “as concepções doutrinárias não se prestam a disciplinar o mundo dos fatos, em vista de que as atividades sujeitas, nos termos da Constituição Federal, a uma autorização não são de forma alguma compatíveis com discricionariedade, precariedade e, até mesmo, unilateralidade” (SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos...*, p. 313).

<sup>277</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos...*, p. 316-317.

instrumentos que sofrem influxos da regulação estatal e que contribuem para o desenvolvimento do país, as autorizações regulatórias também devem garantir segurança jurídica para os agentes econômicos privados envolvidos na exploração da infraestrutura, atribuindo-se a tais sujeitos, por conseguinte, uma *proteção reforçada* por meio de uma leitura contratual do instituto.

O regime das autorizações regulatórias está situado no contexto do que vem se convencionando chamar de *Direito Privado Administrativo*, permitindo uma aproximação entre normas de Direito Privado e Direito Público no caso da exploração de atividades públicas por agentes econômicos privados, como portos e telecomunicações.<sup>278</sup> Explorada nessas circunstâncias, a infraestrutura exhibe uma nítida dupla função: além do interesse público que permanece subjacente e remanescente (no caso dos portos, por exemplo, a titularidade da atividade remanesce sendo da União), desponta um interesse legítimo privado por parte de quem explora a atividade (inclusive, os agentes econômicos que exploram a atividade portuária por meio de autorização possuem o domínio em relação à área).<sup>279</sup> Trata-se do Direito Privado coberto de uma roupagem pública e que se coloca à disposição da Administração para o cumprimento de relevantes tarefas administrativas. Tem-se, assim, a *Administração com forma de Direito Privado*.<sup>280</sup>

Com a utilização do Direito Privado Administrativo, fala-se na possibilidade de escolha da Administração em eleger a melhor forma de execução da atividade econômica; tem-se, assim, uma liberdade de escolha para o Poder Público decidir pelas formas jurídicas privadas mais apropriadas para a execução de determinada atividade. Mas à Administração compete somente as formas jurídicas privadas, e não as liberdades e livres possibilidades da autonomia privada.<sup>281</sup> O que ocorre, por exemplo, no setor portuário, em que o legislador

---

<sup>278</sup> Como bem destaca Eberhard Schmidt-Assmann, “*los intereses del sistema global del Derecho administrativo se extienden considerablemente más allá e incluyen también aquellos entrelazamientos en los que aparecen diferentes fuerzas reales detrás de los regímenes jurídicos del Derecho público y del privado*” (SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*. Trad.: M. Bacigalupo et al. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 293).

<sup>279</sup> CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 48. Segundo Pedro Gonçalves, “as entidades privadas, no exercício de funções públicas, se encontram sempre vinculadas pelo direito privado administrativo” (GONÇALVES, Pedro Costa. *Entidades privadas com poderes públicos...*, p. 291).

<sup>280</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema...*, 299. O autor esclarece ainda mais a utilização do chamado Direito Privado Administrativo e aponta que não se trata simplesmente de colocar no mesmo nível a atividade pública e a atividade privada: “*de lo que se trata es de que la Administración pueda, cuando actúa en ámbitos situados entre lo público y lo privado, acercarse un poco más al régimen jurídico de Derecho Privado, teniendo en cuenta que esta aplicación requiere una fundamentación específica y, por lo tanto, tiene un alcance limitado*” (SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema...*, p. 299).

<sup>281</sup> A respeito da liberdade de escolha pelo Direito Administrativo Privado, Harmut Maurer esclarece que “ela se deixa, no máximo, justificar com isto, que no direito público (ainda) faltam formas jurídicas idôneas para

infraconstitucional colocou à disposição do administrador a possibilidade de exploração direta (regida pelo Direito Público), o regime de concessões ou arrendamento, ou, finalmente, as autorizações regulatórias (estes dois últimos regidos pelo Direito Privado Administrativo). Segundo Santiago González-Varas Ibáñez, *“la base del Derecho administrativo privado está en el llamado ‘principio de libertad de elección’, por el cual, la Administración puede crear un ente que se rija por el Derecho público o que rija por el Derecho privado. En esta segunda posibilidad está la peculiaridad o relevancia de la libertad de elección y se aplica el Derecho administrativo privado”*.<sup>282</sup>

Com a utilização do Direito Privado Administrativo, fala-se também na chamada *teoria dos dois níveis*. Como ensina González-Varas Ibáñez, a teoria se aplica às relações jurídicas mistas, nas quais aparecem conjuntamente o Direito Público e o Direito Privado, por meio de duas fases procedimentais separadas. Segundo o autor, *“la primera (que incumbe al ‘si’) pertenece al Derecho público y la segunda (la cuestión del ‘como’) puede conformarse tanto según el Derecho público como según el privado”*.<sup>283</sup> Assim, no caso das autorizações regulatórias, tem-se um ato administrativo autorizador de atividade originariamente de incumbência estatal (primeira fase procedimental regida pelo Direito Público),<sup>284</sup> que, por sua vez, institui uma verdadeira relação contratual com determinado particular, para a exploração privada da atividade econômica (segunda fase procedimental regida tanto pelo Direito Público quanto pelo Direito Privado). Nesse sentido, Harmut Maurer evidencia a teoria dos dois níveis

---

a adjudicação de prestação, enquanto o direito privado, normalizado a fundo, tem à disposição figuras jurídicas apropriadas. (...) À administração compete somente as formas jurídicas jurídico-privadas, não as liberdades e possibilidades da autonomia privada. Fala-se, por isso, nessa conexão, de direito privado administrativo (Wolff): é o direito privado coberto e vinculado jurídico-publicamente que está à disposição da administração no cumprimento de tarefas administrativas” (MAURER, Harmut. *Direito Administrativo Geral*. Trad.: L. A. Heck. São Paulo: Manole, 2006, p. 46-47).

<sup>282</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *El Derecho Administrativo Privado*. Madrid, Ed. Montecorvo, 1996, p. 103-104).

<sup>283</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *El Derecho Administrativo Privado...*, p. 101. Eberhard Schmidt-Assmann também sublinha que o Direito Privado Administrativo verifica-se em tais situações: *“en muchos campos ayuda la estructuración de las relaciones jurídicas en dos niveles para combinar los mecanismos de protección jurídico-públicos y las formas de estructuración jurídico-privadas”* (SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema...*, 299).

<sup>284</sup> A Lei dos Portos regula detalhadamente o processo de obtenção de uma autorização portuária junto ao Poder Público. O artigo 12 dispõe que: “encerrado o processo de chamada ou anúncio público, o poder concedente deverá analisar a viabilidade locacional das propostas e sua adequação às diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário”. O parágrafo quarto, por exemplo, determina que “Em qualquer caso, somente poderão ser autorizadas as instalações portuárias compatíveis com as diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário, na forma do *caput*”. Como dito, à luz da teoria dos dois níveis, esta primeira fase procedimental encontra-se submetida ainda ao Direito Público, diante da titularidade estatal da atividade econômica. Após a devida análise das condições do particular (que, apesar de vinculada, é uma decisão pública), o Estado autorizará a exploração da instalação portuária e instituirá uma relação jurídica por meio de contrato de adesão com o agente econômico privado, nos termos do artigo 8º, §1º, da Lei dos Portos, dando início à segunda fase procedimental, regida tanto pelo Direito Público quanto pelo Direito Privado.

e destaca que se existe uma pretensão de admissão (como no caso da obtenção de uma autorização portuária perante o Poder Público), deve ela então ser apreciada jurídico-publicamente, mas a sua execução (isto é, a relação contratual em si), por outro lado, deve ser formada jurídico-privadamente.<sup>285</sup>

Portanto, caso o legislador infraconstitucional reserve a prestação do serviço público exclusivamente à União, dúvida não haverá a respeito do regime jurídico aplicável e da pessoa que executará a tarefa pública (Direito Público). *Ex adverso*, se a legislação ordinária optar apenas pelo regime de concessões comuns e permissões, aplica-se, então, a Lei nº 8.987/1995, especificada (ou não) pelo diploma legal que regular o respectivo setor da economia. Mas se o legislador positivar a possibilidade de autorizações, como ocorre nos setores de portos e telecomunicações, haverá um cenário de competição de diversos agentes econômicos privados: detentores de autorização, concessionários e permissionários, todos explorando a infraestrutura sob o regime de Direito Privado Administrativo.<sup>286</sup>

A utilização do regime de Direito Privado Administrativo acarreta vantagens na instituição de políticas públicas em determinados setores da economia, como, por exemplo, a maior eficiência na exploração da atividade e a introdução da concorrência em setores também explorados por serviços públicos. Além disso, o Direito Privado Administrativo proporciona para a Administração Pública “*la necesaria ‘capacidad de conexión’ de sus acciones con el mercado y con la actividad de sus interlocutores privados*”.<sup>287</sup> É nesse contexto que Santiago González-Varas Ibáñez leciona que “*la posibilidad de acudir al Derecho privado, se justifica ante la mejor disposición de éste para ayudar en la eficaz y ágil gestión de las competencias administrativas*”.<sup>288</sup> Egon Bockmann Moreira também destaca as vantagens na utilização de autorizações, afirmando que elas “tendem a impor a determinados serviços públicos a dinamicidade tecnológica que incrementa os ganhos de escala em alguns setores econômicos (...) as futuras autorizações visam a subverter a estabilidade dos concessionários, que tenderiam a ficar numa situação de conforto por décadas”.<sup>289</sup> Portanto, a

---

<sup>285</sup> MAURER, Harmut. *Direito Administrativo Geral*. Trad.: L. A. Heck. São Paulo: Manole, 2006, p. 58.

<sup>286</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...*, p. 67.

<sup>287</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema...*, p. 299.

<sup>288</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *El Derecho Administrativo Privado...*, p. 104.

<sup>289</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...*, p. 69. Vitor Rhein Schirato alcança a mesma conclusão: “as atividades autorizadas reguladas têm um papel essencial na prestação concorrencial dos serviços públicos, na medida em que, em diversos setores de serviços públicos (não apenas federais, mas também estaduais e municipais, conforme as respectivas legislações locais), a concorrência depende da outorga de autorizações a terceiros para que eles possam oferecer atividades materialmente concorrentes dos serviços públicos. É o que ocorre no caso dos serviços de telecomunicações, de energia elétrica, de gás canalizado, de transporte rodoviário e aéreo de passageiros, entre outros em que a entrada de concorrentes

exploração da infraestrutura por meio de autorizações (e, conseqüentemente, do Direito Privado Administrativo) contribui significativamente para o incremento da competitividade – um dos objetivos da Lei nº 12.815/2013 –, facilitando a implementação das referidas políticas públicas no setor portuário.

O estudo das autorizações regulatórias – inclusive evidenciando a sua natureza contratual – será retomado nos próximos capítulos desta dissertação. Como será visto adiante, tanto as tradicionais concessões quanto as autorizações regulatórias, configuram verdadeiros *contratos regulatórios*, dispostos no ordenamento nacional à disposição da Administração para instituição de políticas públicas e incremento dos setores de infraestrutura.

---

aos prestadores sujeitos ao regime de serviços públicos dependa de autorizações” (SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos...*, p. 317).

## CAPÍTULO 2

### A INSEGURANÇA JURÍDICA NOS SETORES DE INFRAESTRUTURA – “INSEGURANÇA É SEGURANÇA”

---

O princípio da segurança jurídica deve ser garantido pela atuação conjunta dos três poderes estatais: Executivo, Legislativo e Judiciário. Neste capítulo, será exposto o cenário de insegurança jurídica que advém da atuação dos três poderes nos setores de infraestrutura. Em um primeiro momento, serão analisadas as alterações normativas que impactam na infraestrutura, seja por meio das inovações legislativas realizadas pelo Parlamento, seja por intermédio da competência normativa regulatória das agências reguladoras.<sup>290</sup> Após, discorrer-se-á a respeito dos contratos regulatórios: inicialmente, em relação ao cenário de quebra contratual perpetrado pela Administração no âmbito dos contratos administrativos; após, expor-se-á a insegurança no seio das ditas autorizações regulatórias. Finalmente, será demonstrada a insegurança jurídica advinda do Poder Judiciário, mediante a grande morosidade dos tribunais brasileiros e o cenário de imprevisibilidade judicial.

Portanto, um cenário de insegurança jurídica generalizada, difusa *por todo o lugar*. Um panorama que, lamentavelmente, já passa a ser encarado como uma realidade padronizada pelos Poderes Públicos e pelos operadores do Direito (“insegurança é segurança”).

A escolha destes três ambientes de insegurança jurídica justifica-se em razão da elevada relevância das instituições (principalmente leis, contratos e sistema judicial) na organização da atividade econômica, conforme apontam diversos estudos desenvolvidos na década de 1990.<sup>291</sup> Nesse contexto, desenvolveu-se a teoria institucionalista denominada Nova Economia Institucional (NEI), em que os custos de transação são inseridos nos fenômenos históricos e decorrem, principalmente, das instituições. Portanto, tal abordagem institucionalista destaca a inclusão das diversas instituições (leis, contratos e sistema judicial) e sua relação e importância com o ambiente econômico.<sup>292</sup> Em especial, a Nova Economia

---

<sup>290</sup> No presente trabalho, a fim de diferenciar as distintas competências para expedição de normas adotar-se-á o termo “competência normativa” como gênero, que abrange as espécies “competência legislativa”, de atribuição exclusiva do Poder Legislativo e “competência normativa regulatória”, de atribuição notadamente das agências reguladoras. Ambas – competência legislativa e competência normativa regulatória – podem ser enquadradas dentro de um contexto de “reformas regulatórias”, que configura o objeto de análise do primeiro terço deste segundo capítulo.

<sup>291</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados...*, p. 11-12.

<sup>292</sup> MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Análise econômica do controle judicial dos contratos de concessão e sua importância para o desenvolvimento. *Revista de Informação Legislativa*. ano 5, n. 203, jul./set. 2014, p. 75. Nesse passo, conforme destaca Oliver Williamson, a empresa, os

Institucional objetiva um funcionamento melhor do mercado por intermédio da diminuição dos custos de transação.<sup>293</sup> Segundo Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, a legislação é determinante, posto que minimiza o impacto dos custos nas relações econômicas (seja pela distribuição do direito de propriedade seja definição da redistribuição de renda); os contratos, por sua vez, facilitam a troca de bens dentro do mercado, além de distribuir riscos entre as partes e, finalmente, o Poder Judiciário arbitra os conflitos no caso de situações não previstas no instrumento contratual.<sup>294</sup>

Em verdade, como será demonstrado, todos os problemas de insegurança jurídica nos setores de infraestrutura estão interligados. Por exemplo: a falta de clareza das leis de infraestrutura (insegurança proporcionada pelo Poder Legislativo) pode levar a uma interpretação da legislação equivocada e, por consequência, uma indevida quebra contratual pela Administração Pública (insegurança que advém do Poder Executivo). Isso inevitavelmente levará a controvérsia ao Poder Judiciário, que possui problemas de morosidade e imprevisibilidade. Portanto, é inevitável que alguns problemas de insegurança sejam tratados em mais de um subcapítulo, como é o caso, principalmente, das incertezas que acometem os detentores de autorização, que sofrem efeitos em decorrência da atuação demasiadamente arbitrária do Poder Público. Assim, desde já, faz-se a ressalva de que é impraticável delimitar concretamente, em cada subcapítulo, os problemas de insegurança gerados especificadamente por cada Poder estatal. A classificação proposta neste capítulo configura um norte que tentará ser seguido na medida do possível.

Como visto no primeiro capítulo, para Humberto Ávila, o princípio da segurança jurídica configura a soma de seus ideais parciais (cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade), revelados por suas dimensões estática e dinâmica.<sup>295</sup> Ao longo deste capítulo, portanto, será exposto como os três Poderes Públicos afetam estes três ideais do princípio da segurança jurídica.

---

mercados e os denominados contratos relacionais (associados aos contratos de longa duração), configuram instituições de alta importância e devem ser consideradas na modelação das relações de cunho econômico (WILLIAMSON, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism*. Sussex: Harvester Press, 1986, p. 240).

<sup>293</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 30.

<sup>294</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados...*, p. 14.

<sup>295</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 684.



## 2.1 A insegurança jurídica e as reformas regulatórias (competência legislativa e competência normativa regulatória)

Como foi pontuado no primeiro capítulo, a maior participação dos particulares em projetos de infraestrutura começou a ocorrer na década de 1990, por intermédio da retirada do Estado do desempenho direto de algumas atividades. A lógica disposta no artigo 174 da Constituição Federal – que destaca a função do Estado como agente regulador da economia – foi intensificada com a reforma administrativa ocorrida na década em questão.<sup>296</sup> Esta “virada de modelo”, representou “um novo engate entre o ambiente público e o privado”.<sup>297</sup> A redução da função estatal em produzir e prestar serviços, especialmente na área dos serviços públicos, implica normalmente o aumento da regulação.<sup>298</sup> O fenômeno é bem apontado por Calixto Salomão Filho, que aduz que o Estado decide retirar-se da intervenção econômica direta – por meio da prestação de uma variedade de serviços públicos – para assumir a função de organizador das relações sociais e econômicas.<sup>299</sup> Nesse mesmo sentido, Pedro Gonçalves salienta que se revela incontestável que esse processo resta associado ao aparecimento de novas tarefas públicas do Estado, isto é, a regulação e a supervisão da atividade privada.<sup>300</sup>

Emerson Gabardo e Luciano Reis chamam atenção para a necessidade de equilíbrio na adoção do modelo gerencial e de novos sistemas de controle pela Administração Pública. Os autores destacam que o mais complicado consiste no encontro do equilíbrio, a fim de não ampliar inadequadamente o conjunto normativo e institucional, mas, também, nem reduzir tal conjunto ao ponto de possibilitar um cenário de descontrole, favorecendo, assim, a utilização da liberdade em benefício exclusivo dos interesses privados dos agentes públicos.<sup>301</sup>

Nesse contexto, os serviços e obras de infraestrutura que passam a ser explorados pelos agentes econômicos privados não podem estar total e exclusivamente submetidos às

---

<sup>296</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do Direito da Regulação no Brasil?. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 107-139.

<sup>297</sup> SCHAPIRO, Mario Gomes. Prefácio. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito e Economia na Regulação Setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. IX.

<sup>298</sup> MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 38.

<sup>299</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 14.

<sup>300</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Entidades privadas com poderes públicos...*, p. 160. A respeito da transformação e reconfiguração do papel do Estado, o autor aduz que ela “assinala, não tanto uma redução, mas, mais exatamente, uma ‘diversificação das responsabilidades públicas’” (GONÇALVES, Pedro Costa. *Entidades privadas com poderes públicos...*, p. 164).

<sup>301</sup> GABARDO, Emerson; REIS, Luciano Elias. O gerencialismo entre eficiência e corrupção: breves reflexões sobre os percalços do desenvolvimento. In: SILVEIRA, Raquel Dias da; CASTRO, Rodrigo Aguirre Pironti de. (Org.). *Estudos Dirigidos de Gestão Pública na América Latina*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 125-147.

decisões de seus administradores particulares (motivadas pela lógica do lucro). Devem, na realidade, estar em perfeita consonância com o interesse público – transcendendo os meros interesses capitalistas –, tendo em vista a relevância coletiva das atividades prestadas por tais agentes. É justamente por este motivo que nasce a necessidade de regulá-las de uma forma mais intensa.<sup>302</sup> Portanto, afirma-se que, com a retirada da intervenção direta do Estado na economia, aumenta a necessidade de regulação por parte do Poder Público, seja por meio de agências reguladoras, seja por meio de contratos regulatórios.

Nesse cenário de reorganização institucional dos serviços essenciais, o Estado intensifica a regulação e, conseqüentemente, aumenta a normatização dos setores da infraestrutura, seja por meio de marcos regulatórios (de competência do Poder Legislativo), seja em decorrência da competência normativa regulatória, das agências reguladoras. Como lembra Fernando Dias Menezes de Almeida, “regulação importa exercício do poder normativo”.<sup>303</sup> É exatamente nesse contexto que surgem as agências reguladoras e diversas reformas de marcos regulatórios dos setores da infraestrutura, como forma de disciplinar a nova forma de exploração da economia. Portanto, na sequência, passa-se a expor a insegurança que advém das inovações normativas regulatórias, mormente das alterações normativas, seja pelas agências reguladoras, seja pelo próprio Poder Legislativo.

### **2.1.1 A competência legislativa: as inovações legislativas bruscas, excessivas e com alto teor de complexidade e indeterminação nos setores de infraestrutura**

No primeiro capítulo deste trabalho destacou-se a ideia de que o marco regulatório não deve engessar a prestação do serviço público à coletividade, impondo-se a abertura de espaços para que o Estado evolua constantemente e adapte-se conforme à dinamicidade do meio social. Como visto anteriormente, em grande parte dos casos a exploração da infraestrutura está associada à prestação de um serviço público por parte do Estado (mas não sempre) e, nestes casos, torna-se imprescindível que inovações legislativas ocorram. Mas a atuação do legislador possui determinados limites. O Legislativo não possui a liberdade de inovar o ordenamento jurídico de qualquer modo, de forma brusca, drástica, excessiva e com inovações complexas e/ou indeterminadas. Tais alterações legislativas causam elevado impacto na sociedade. É dizer, tais alterações do arcabouço legislativo devem ser feitas em

---

<sup>302</sup> MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 108.

<sup>303</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da Regulação. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquíria Batista (Org.). *Curso de direito administrativo econômico*. v. III. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 137.

harmonia com o princípio constitucional da segurança jurídica. Todavia, como será demonstrado ao longo deste tópico, não se trata de prática corriqueira nos setores de infraestrutura.

Humberto Ávila relata que alguns juristas defendem que o princípio da segurança jurídica contrapor-se-ia ao princípio democrático, tendo em vista que ele supostamente provocaria o engessamento das instituições; outro entendimento, por outro lado, é aquele que compreende o referido princípio como perfeitamente compatível com o ideal democrático. A primeira posição, em verdade, refere-se à segurança jurídica como um dever de buscar um ideal de total imutabilidade normativa, por meio da proibição expressa de modificações legislativas; tal entendimento trata-se na realidade de uma verdadeira utopia. Por outro lado, a segunda compreensão faz menção ao dever de atingir um ideal de continuidade do ordenamento jurídico mediante mudanças suaves das normas e protetoras de legítimas expectativas.<sup>304</sup> Trata-se, pois, de uma leitura muito mais compatível com o verdadeiro ideal do princípio da segurança jurídica e com a ideia de “segurança dinâmica”.

Em relação ao dever de garantia de segurança jurídica pelo Poder Legislativo, Ávila destaca que a legislação, em geral, tem causado problemas de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade: “de cognoscibilidade, em virtude da indeterminação e complexidade das leis; de confiabilidade, em razão da sua instabilidade ou da restrição de situações consolidadas no passado ou mesmo de expectativas asseguradas; e de calculabilidade, pela falta de suavidade das alterações e de coerência no desenvolvimento do ordenamento jurídico”.<sup>305</sup> Serão estes três aspectos, destarte, que serão expostos neste tópico (e também ao longo de todo o capítulo em relação aos demais problemas de insegurança): alterações legislativas bruscas e drásticas (que causam problemas de calculabilidade), alterações legislativas excessivas (que causam problemas de confiabilidade) e, para além das alterações, também a excessiva complexidade e indeterminação da legislação regulatória de infraestrutura (que causa problemas de cognoscibilidade). Assim, os agentes econômicos em relação à atuação do Poder Legislativo em matéria de infraestrutura podem ser *enganados/confundidos, frustrados e surpreendidos*.

Com efeito, o Estado possui um dever de coerência no tocante às alterações legislativas em relação aos seus cidadãos. No que diz respeito às *alterações legislativas* (dimensão dinâmica do princípio da segurança jurídica), a ofensa ao princípio da segurança jurídica configura-se nas hipóteses de alterações do tecido normativo regulatório que ocorrem

<sup>304</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 131.

<sup>305</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 173.

de forma brusca e drástica, *surpreendendo* os agentes econômicos e, além disso, de modo excessivo, *frustrando* os destinatários das normas.

Nesse passo, a modificação do ordenamento jurídico, de forma estável, acompanhando as mudanças ocorridas no meio social, refere-se ao ideal de *confiabilidade* do princípio da segurança jurídica, apontado por Humberto Ávila (a transição do passado no presente).<sup>306</sup> Vale dizer, no seu objetivo de confiabilidade, a segurança jurídica procura consolidar a estabilidade do Direito, preservando o passado no presente e evitando que o indivíduo seja *frustrado* em relação às mudanças excessivas das normas regulatórias. O marco regulatório deve ser *confiável*, no sentido de permitir que os agentes econômicos possam saber *quais* são as mudanças que podem ser realizadas e quais as que não podem ser efetuadas.<sup>307</sup>

Por seu turno, o ideal de *calculabilidade* limita a mudança normativa realizada de maneira brusca e drástica no sentido de que o cidadão não seja *surpreendido* (salvaguarda do presente no futuro).<sup>308</sup> O marco regulatório deve, pois, ser *calculável*, no sentido de possibilitar que o agente econômico possa saber *como* as mudanças podem ser realizadas e *quando* serão efetivamente feitas.<sup>309</sup> Nesse contexto, Humberto Ávila esclarece a diferença que eventualmente possa surgir entre os dois ideais dinâmicos do princípio da segurança jurídica: “o termo ‘confiabilidade’ é utilizado para denotar aquilo que, do passado, deve permanecer no presente do Direito, ao passo que ‘calculabilidade’ é empregada para demonstrar aquilo que, do presente, deve ser mantido na transição para o seu futuro”; em suma, a “‘confiabilidade’ é normalmente associada à ideia de proibição de mudança, onde se insere a questão da intangibilidade subjetiva e da durabilidade objetiva, ao passo que ‘calculabilidade’ é tradicionalmente atrelada à concepção de suavidade ou de constância da mudança, em que se inclui a questão da continuidade”.<sup>310</sup>

O ideal de calculabilidade, por exemplo, não foi observado na edição do marco regulatório dos portos (Lei nº 12.815/2013), setor em que diversos agentes econômicos foram surpreendidos com o precário regime de transição elaborado na legislação portuária. Como foi

---

<sup>306</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 690.

<sup>307</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 305.

<sup>308</sup> “(...) o que a exigência de calculabilidade por meio da continuidade do ordenamento jurídico afasta são mudanças bruscas e drásticas. Bruscas são aquelas alterações que não são, de modo algum, antecipáveis e que, por isso mesmo, surpreendem o destinatário, que com aquelas não contava, nem podia contar. Drásticas são aquelas mudanças que, embora antecipáveis quanto à ocorrência, são bastante intensas nos seus efeitos. Nesse sentido, a calculabilidade impede não apenas as mudanças bruscas, ainda que não drásticas, mas igualmente as alterações drásticas, mesmo que não bruscas” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 613).

<sup>309</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 306.

<sup>310</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 355-356.

demonstrado supra, o setor portuário pode ser explorado por particulares mediante autorização. O artigo 2º, inciso XII, da aludida legislação, define autorização como a outorga de direito à exploração de instalação portuária localizada *fora da área do porto organizado*, compreendendo quatro modalidades: terminal de uso privado, estação de transbordo de carga, instalação portuária pública de pequeno porte e instalação portuária de turismo. Diante disso, surge a dúvida: como fica a situação dos (antigos) agentes econômicos que possuíam uma autorização para exploração da atividade portuária dentro da área de porto organizado?

Assim, uma das principais situações ensejadoras de insegurança no marco regulatório dos portos consistiu na ausência de um regime de transição claro e adequado para os terminais de uso privado já localizados dentro da área de porto organizado (que consiste em um bem público, segundo os termos da legislação editada em 2013). Os artigos 58 e 59 da Lei até se encarregam de tratar das autorizações em vigor; esse último dispositivo prevê a adaptação dos regimes ao dispor que as instalações portuárias enumeradas nos incisos I a IV do *caput* do artigo 8º, localizadas dentro da área do porto organizado, terão assegurada a continuidade das suas atividades. Além disso, o parágrafo único do artigo 59 dispõe que os pedidos de autorização para exploração de instalações portuárias, localizadas dentro da área do porto organizado, protocolados na ANTAQ até dezembro de 2012, poderão ser deferidos pelo Poder Concedente, desde que tenha sido comprovado até a referida data o domínio útil da área. Mas a previsão genérica destes dispositivos não foi suficiente para impedir que surgissem problemas na transição do regime antigo para o estabelecido pela legislação de 2013. Nesse cenário, restou manifestamente restringida a possibilidade de novos pedidos de autorização para exploração de instalações portuárias dentro da área de porto organizado, tendo como limite um *marco anterior à própria legislação* (dezembro de 2012). Segundo Leonardo Coelho Ribeiro, trata-se de uma medida que viola a segurança jurídica ao limitar, por meio de *ato surpresa*, o uso de propriedade que esteja situada dentro da poligonal delimitando a área de porto organizado. Uma clara ofensa ao ideal de calculabilidade do princípio da segurança jurídica. O autor destaca que a hipótese importa em uma verdadeira limitação administrativa que pode ser passível de indenização, a depender do caso. O marco regulatório de 2013 deveria, no mínimo, e em prol de seus objetivos, ter fixado um marco temporal limitador futuro, para os pedidos de autorização para a construção de Terminais de Uso Privado dentro de áreas de porto organizado.<sup>311</sup>

---

<sup>311</sup> RIBEIRO, Leonardo Coelho. O novo marco regulatório dos portos – entre grandes objetivos e inadequadas exigências. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 125-26. Poder-se-ia alegar que o marco

Realmente não parece mais fazer sentido que instalações portuárias totalmente privadas se incluam na jurisdição do porto organizado, uma vez que tais áreas classificam-se a partir da legislação de 2013 como um bem público. A abertura do mercado parece conduzir, logicamente, à ideia de que as áreas de porto organizado em geral serão mais restritas, possibilitando uma maior concorrência entre possíveis interessados privados (antigos e futuros). Afinal, tais áreas agora necessitam passar por processo licitatório. Todavia, o regime de transição do novo marco regulatório é deveras precário e obscuro, especialmente porque fixa uma transição “para trás”, como lembra Leonardo Coelho Ribeiro.<sup>312</sup>

Ademais, a imprecisão técnica da Lei nº 12.815/2013 – que também gera insegurança para os agentes envolvidos e dificuldade de compreensão em relação à transição dos regimes – é possível de ser constatada a partir de uma evidente contradição entre alguns de seus dispositivos. Por exemplo: se por um lado a Lei define no artigo 2º que, “para fins desta lei”, considera-se terminal de uso privado a instalação portuária localizada *fora* da área do porto organizado, por outro lado, a própria lei estabelece no *caput* do artigo 59 que “as instalações portuárias enumeradas nos incisos I a IV do *caput* do art. 8º, localizadas *dentro* da área do porto organizado”. Isto é, de um lado, a lei define e restringe os terminais de uso privado apenas àqueles que estão fora da área do porto organizado; de outro, a própria legislação admite a possibilidade de existir terminal de uso privado dentro da área do porto organizado (mesmo que de forma transitória). É verdade que a possibilidade do artigo 59 parece configurar uma exceção, todavia, a imprecisão técnica poderia ter sido evitada pelo legislador. Aqui a afronta relaciona-se ao ideal de cognoscibilidade do princípio da segurança jurídica, prejudicando a capacidade de orientação dos agentes econômicos. Afinal, nos termos da legislação portuária, é possível existir autorização dentro da área do porto organizado? Como

---

regulatório dos portos surgiu em decorrência de uma Medida Provisória, editada em dezembro de 2012. Mas, mesmo considerando a edição anterior da Medida Provisória, fato é que Lei nº 12.815/2013 deveria ter previsto um marco temporal futuro para tais casos, até para facilitar a adaptação dos agentes econômicos do setor. Além do mais, a redação do parágrafo único do artigo 59 suscita controvérsias. Como lembra Cesar Pereira, “até dezembro de 2012” não quer dizer até 31 de dezembro de 2012. Na sequência de emendas e propostas dos relatores no Congresso, a redação deste dispositivo variou entre 6 de dezembro de 2012 (data da edição da MP 595) e 31 de dezembro de 2012. Todavia, a redação final não foi nenhuma delas. Preferiu-se a incerteza. Para o mencionado autor: “assim, cabe interpretar este ‘até’ como significando ‘excluindo dezembro de 2012’, pelo que o requerimento deveria haver sido protocolado até o final de novembro de 2012. No entanto, uma interpretação mais razoável permitiria reconhecer os requerimentos protocolados até a edição da MP 595, não depois disso” (PEREIRA, Cesar. O novo marco regulatório do setor portuário brasileiro. *Direito Portuário Brasileiro: Lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 54). Com efeito, a interpretação adequada da norma em questão deve considerar os requerimentos protocolados até a edição da MP 595, inclusive os eventualmente protocolados em dezembro até a edição da Medida Provisória. Afinal, considerando uma situação hipotética de um requerimento protocolado nos primeiros dias de dezembro de 2012 (e antes da edição da MP), afigurar-se-ia totalmente arbitrário e ilegal a não consideração desta situação.

<sup>312</sup>

RIBEIRO, Leonardo Coelho. O novo marco regulatório dos portos..., p. 125-26.

lembra Humberto Ávila, “se o Direito serve para guiar as pessoas, elas devem ter condições de saber o que ele significa. Por isso o seu sentido deve ser claro, posto que um Direito ambíguo, vago, obscuro ou impreciso termina por enganar ou por confundir pelo menos aqueles que desejam ser guiados por ele”.<sup>313</sup>

Nesse cenário, apesar da incerteza provocada pelos termos da Lei nº 12.815/2013 em virtude da redação de seus dispositivos genéricos e confusos, é possível defender a ideia de que há um direito de transferência de regime que é perfeitamente consonante com o interesse público de ver transferidos tais operadores para o regime eminentemente privado. Todavia, tal conclusão não é tão simples de ser alcançada, muito em razão das imprecisões que o marco regulatório trouxe para o setor. Caso as normas de transição fossem cristalinas, à luz do princípio da segurança jurídica e de seus respectivos ideais de cognoscibilidade e calculabilidade, o direito dos agentes econômicos estaria assegurado de forma mais evidente. Verifica-se que não restou consolidado como seria a adaptação dos regimes na prática. Tudo isto, aliás, acabou por ocasionar uma verdadeira “enxurrada” de ações no Poder Judiciário, transferindo o debate da situação subjetiva dos agentes para outra arena de debate (também ensejadora de insegurança jurídica, como será visto posteriormente).

Além das incertezas atinentes às alterações legislativas pelas quais passou o setor portuário, é possível constatar que o setor de energia elétrica também teve diversas reformas regulatórias nas últimas décadas, o que acabou por trazer elevada insegurança jurídica e problemas relacionados também à *cognoscibilidade* e *confiabilidade* do tecido normativo pelos agentes econômicos envolvidos. Problemas relativos à cognoscibilidade em virtude da grande complexidade que caracterizou o conjunto normativo regulatório do setor; e problemas de confiabilidade em razão das excessivas alterações legislativas. Nesse contexto, Mariana Mota Prado realiza uma contextualização destas diversas e excessivas reformas regulatórias e evidencia a complexidade do arcabouço normativo que caracteriza o sistema elétrico ao salientar que o “o funcionamento do mercado de eletricidade se baseia na complexa regulação (leis, regulamentos e contratos) que governa as relações entre consumidores, empresas e governo”, destacando, ainda, que “várias das reformas implementadas no Brasil não geraram os resultados esperados”.<sup>314</sup> A autora infere, ainda, que as reformas pelas quais passou o setor não atingiram os resultados aguardados por duas razões básicas: falhas de desenho e falhas de

---

<sup>313</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 335.

<sup>314</sup> PRADO, Mariana Mota. O setor de energia elétrica. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito e Economia na Regulação Setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3.

implementação, aduzindo que “falhas de desenho são aquelas que não adaptam o modelo regulatório às peculiaridades do país no qual tal reforma está sendo representada”.<sup>315</sup>

Este cenário desolador do setor de energia elétrica também é observado por Paulo Roberto Ferreira Motta, que se refere ao procedimento adotado no setor de energia elétrica como “não-regulação”. O autor evidencia as excessivas reformas regulatórias existentes do setor elétrico durante a década de 1990 e a elevada complexidade do tecido normativo regulatório: “num cenário desregulado, ou o que é pior, contraditoriamente regulado, movem-se concessionários e produtores independentes; empresas estatais e empresas privadas; empresas estatais, mas com sócios privados e empresas privadas com sócios estatais, sem que seus direitos e deveres tenham sido demarcados e com a assistência passiva do ente regulador”.<sup>316</sup> Segundo Motta, tal panorama acabou por resultar no apagão de 2001.<sup>317</sup>

O problema de cognoscibilidade também é facilmente identificável no setor de telecomunicações, segmento que igualmente passou por reformas de elevado impacto, especialmente na década de 1990. Alexandre Ditzel Faraco destaca que a regulação necessária para criar um ambiente concorrencial no setor adquire cada vez maior complexidade, tendo em vista que a introdução de concorrência eleva a complexidade dos respectivos mercados e das relações entre os agentes econômicos envolvidos.<sup>318</sup> Assim, verifica-se que o excesso de informação (complexidade) na legislação causa insegurança jurídica: uma quantidade elevada de especificações legais, que normalmente se contradizem, impede o destinatário da norma de obedecer a um comando, pela falta de fixação de qual comando deve ser obedecido.<sup>319</sup>

Além da elevada complexidade da legislação em vários setores de infraestrutura, pode-se, outrossim, citar a Lei nº 13.303/2016 como exemplo de violação ao ideal de cognoscibilidade. Depois de aproximadamente dezoito anos de espera, elaborou-se, finalmente, o estatuto jurídico das empresas estatais, regulamentando-se o artigo 173, §1º, da Constituição Federal. A demasiada demora na regulamentação do dispositivo constitucional aumentou as expectativas dos juristas e dos agentes públicos no tocante à qualidade do estatuto jurídico das empresas estatais. Todavia, a edição da lei foi marcada por uma certa decepção, dado que, além da gigantesca e prolixa redação do diploma legal (caracterizada pela grande complexidade), a lei fixou normas homogêneas de licitação para toda e qualquer

---

<sup>315</sup> PRADO, Mariana Mota. O setor de energia elétrica..., p. 28.

<sup>316</sup> MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação e universalização dos serviços públicos: análise crítica da regulação de energia elétrica e das telecomunicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.167-168.

<sup>317</sup> MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação e universalização dos serviços públicos...*, p. 168.

<sup>318</sup> FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação das Telecomunicações...*, p. 56.

<sup>319</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 335.



empresa estatal, sem diferenciação entre o tipo de objeto prestado, isto é, serviço público e/ou atividade econômica. Não obstante o dispositivo constitucional dispor sobre as chamadas estatais econômicas, constata-se que legislação extrapolou a competência constitucional, abarcando as estatais que atuam em regime de monopólio e as que prestam serviços públicos. Vale dizer, não se pode desconsiderar que o texto constitucional consagrou a aludida distinção ao exigir normas próprias de licitação tão somente para as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas que atuam em regime concorrencial.<sup>320</sup>

Retornando à análise dos setores de infraestrutura, no caso de exploração das rodovias, a relação entre a agência reguladora do setor, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), e o Ministério dos Transportes, foi marcada por insegurança ao longo dos anos 2000, resultado tanto de disputas de espaços entre segmentos da burocracia e interesses políticos, quanto pelas lacunas da legislação do setor.<sup>321</sup> Nesse caso, portanto, foi a omissão legislativa que causou confusão/engano no setor, gerando também problema ofensivo à cognoscibilidade, em virtude da incerteza em relação às competências atribuídas ao Ministério e à ANTT. Vale dizer, não é somente a elevada complexidade do tecido normativo regulatório, caracterizada pela existência de diversos dispositivos e excessivas leis, regulamentos, decretos e resoluções que origina confusão/engano nos agentes econômicos. A omissão/indeterminação legislativa, por óbvio, naqueles pontos cruciais da regulação, também origina problemas de assimilação e capacidade de orientação dos marcos regulatórios de infraestrutura. Vale dizer, a ausência de informação (assim como o excesso) também causa insegurança jurídica e ofende o ideal de cognoscibilidade: sem a especificação apropriada na legislação e da conduta a ser adotada, o destinatário da norma fica incapacitado de obedecer, em razão da ausência de fixação do comportamento a ser seguido.<sup>322</sup>

A insegurança em relação às competências do Ministério dos Transportes e da Agência Nacional de Transportes Terrestres configura um bom exemplo desta omissão/indeterminação regulatória neste setor. Os dispositivos da Lei nº 10.233/2001 (aprovados inicialmente pelo Congresso), que definiam as competências e a estrutura do núcleo do Ministério dos Transportes, adequando-as ao novo modelo de gestão do setor de transportes terrestres que marcou a década de 1990, foram vetados na oportunidade pela Presidência da República, permanecendo em vigor a definição anterior de atribuições do

---

<sup>320</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. As licitações na Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais): mais do mesmo? *Direito do Estado*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/as-licitacoes-na-lei-133032016-lei-das-estatais-mais-do-mesmo>>. Acesso em: 24 out. 2016.

<sup>321</sup> GUIMARÃES, Eduardo Augusto. Regulação no setor de transporte terrestre no Brasil..., p. 113.

<sup>322</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 335.

Ministério, de modo extremamente vago e genérico.<sup>323</sup> A lacuna somente veio a ser suprida dois anos depois (com natureza infralegal, porém) por intermédio do Decreto nº 4.721/2003 que, todavia, em alguns pontos, reverteu a divisão de responsabilidades originariamente elaborada pela Lei nº 10.233/2001. Nesse passo, o mencionado Decreto, ao definir a estrutura do Ministério dos Transportes, criou um Departamento de Outorgas, que possui, entre as suas atribuições, nos termos do seu artigo 10, inciso III, o de “planejar, coordenar e elaborar os editais de licitação de concessão, autorização e permissão para exploração de infra-estrutura e prestação de serviços de transportes”. Trata-se, pois, de uma superposição de atribuições, geradora de conflitos entre a agência e o Ministério dos Transportes, o que acabou por paralisar o processo de elaboração dos editais de licitações da Segunda Etapa do Programa de Concessões Federais nos anos de 2003 e 2004.<sup>324</sup> Com efeito, todo este cenário de incerteza em virtude de omissão legislativa gera confusão e dificuldade de compreensão dos reais objetivos do marco regulatório do setor. Os editais de licitações das outorgas que compunham o referido Programa foram elaborados, em um primeiro momento, pelo Ministério dos Transportes no governo Fernando Henrique Cardoso, com alguns de seus pontos sendo questionados pelo Tribunal de Contas da União. O governo seguinte acabou por realizar, então, a reformulação destes editais. O mencionado conflito de competência entre Ministério dos Transportes e ANTT, contudo, paralisou o processo por muito tempo, ocasião em que órgão e agência trabalharam de forma paralela na elaboração de novo edital. Eduardo Augusto Guimarães relata, nesse cenário, que, com a competência da ANTT reafirmada, o processo enfim teve continuidade, ocorrendo audiência pública em 2006 para estudos econômicos e técnico-operacionais, edital de licitação e contrato elaborado pela agência. Assim, os editais dos sete trechos de rodovias a serem licitados foram finalmente submetidos ao TCU, que autorizou a sua publicação.<sup>325</sup> Diante da indeterminação de competências, tal cenário de indefinição acabou por gerar enorme insegurança para os agentes econômicos do setor de transportes terrestres. Neste caso, todavia, o Poder Legislativo não foi o único culpado pela situação de indeterminação na regulação do setor, tendo em vista que legislou a competência

---

<sup>323</sup> O veto presidencial teve como justificativa o fato de a matéria já estar regulamentada em outro diploma legal que versava sobre a organização da Presidência e dos Ministérios (GUIMARÃES, Eduardo Augusto. *Regulação no setor de transporte terrestre no Brasil...*, p. 113). Segundo o veto: “os arts. 15 a 19 cuidam de definir competências da pasta Transportes, cuja matéria já é disposta na Medida Provisória nº 2.143-33/2001, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, não cabendo, pois, à luz da melhor técnica jurídica e legislativa, ser tratada em instrumento diverso. Dessa maneira, o Capítulo V em questão não deve ser sancionado, pois contraria o interesse público.”

<sup>324</sup> GUIMARÃES, Eduardo Augusto. *Regulação no setor de transporte terrestre no Brasil...*, p. 113-114.

<sup>325</sup> GUIMARÃES, Eduardo Augusto. *Regulação no setor de transporte terrestre no Brasil...*, p. 113-114.

do Ministério dos Transportes, entretanto, tais dispositivos sofreram, inicialmente, o veto presidencial.

Como visto, os problemas de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade são frequentes nas reformas regulatórias dos mais variados setores de infraestrutura. É dizer, os agentes econômicos que exploram a infraestrutura em tais setores reiteradamente são enganados, frustrados ou surpreendidos com inovações legislativas. Afinal, a preocupação com a segurança jurídica deve ser assegurada não apenas nos processos de interpretação das normas, mas também no processo de formulação das mesmas.<sup>326</sup> Na sequência, passa-se à análise da competência normativa regulatória das agências reguladoras e o cenário de insegurança jurídica instaurado.

### 2.1.2 A competência normativa regulatória das agências reguladoras

O surgimento das agências reguladoras no contexto nacional se dá exatamente em meio ao cenário exposto anteriormente, isto é, o esgotamento do padrão de financiamento do setor público mediante uma crescente retirada do Estado da produção direta de utilidades públicas.<sup>327</sup> O incentivo aos investimentos para o desenvolvimento socioeconômico, a promoção do bem-estar dos usuários e consumidores e o estímulo à eficiência econômica seriam as funções precípuas da regulação exercitada pelas agências reguladoras.<sup>328</sup> Tais entidades caracterizam-se por serem autarquias públicas em regime de caráter especial; ou seja, apesar de integrarem a Administração Pública indireta, possuem maior independência em relação ao núcleo do Poder Executivo, porquanto têm uma natureza peculiar justamente por configurarem autarquias “especiais”.<sup>329</sup>

---

<sup>326</sup> PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública...*, p. 203.

<sup>327</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes..., p. 74.

<sup>328</sup> NUSDEO, Fábio. O direito econômico centenário: um “vol d’oiseau” sobre o passado e algumas perspectivas para o futuro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 101-132, out./dez. 2011, p. 102.

<sup>329</sup> NUSDEO, Fábio. O direito econômico centenário..., p. 139. Conrado Hübner Mendes, por seu turno, aponta que tais entidades não inovaram no ordenamento jurídico pátrio, pois a configuração de “autarquia em regime especial” trata-se de mero rótulo, e não título jurídico. O referido autor, nesta senda, critica Maria Sylvia Zanella Di Pietro quando fala em um processo de “agencificação”, caracterizado como o processo de multiplicação das agências reguladoras no contexto nacional, pois, segundo ele, o “ar de novidade” não é compatível com a realidade (MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e agências reguladoras...*, p. 103). Segundo Hübner Mendes, as “agências reguladoras nada mais são que autarquias destinadas ao desempenho da regulação num setor econômico específico. Ressaltemos: não constituem um novo modelo organizacional dentro da Administração Pública Brasileira, mas sim um conjunto de autarquias com algumas características em comum. Não se pode, portanto, questionar a constitucionalidade do modelo ‘agência reguladora’, em abstrato, salvo se efetivamente esta categoria de ente administrativo tivesse sido criada juridicamente. Tal, porém, não ocorreu. (...) Defendemos uma desmitificação deste fenômeno, para que se possa entender suas particularidades” (MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e agências reguladoras...*, p. 103).

São diversas as agências reguladoras no ordenamento nacional, suas respectivas configurações e motivos. E entre os principais motivos está a salvaguarda da estabilidade regulatória aos setores que foram objeto de privatização formal (por meio de contratos e/ou outorgas), a implementação de políticas públicas e a disciplina de setores de elevado interesse social.<sup>330</sup> A função regulatória de tais entidades pode ser exercida tanto sobre os serviços públicos, como exemplo a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), como sobre atividades econômicas em sentido estrito, como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).<sup>331</sup>

Uma das principais características destas agências consistiu na competência normativa regulatória concedida a elas por meio de suas leis criadoras, o que suscitou um polêmico debate doutrinário a respeito de seus limites. Como efeito, a Lei nº 9.472/1997 – a Lei Geral de Telecomunicações – que criou a ANATEL, constitui um exemplo paradigmático de repartição de competências entre a União Federal e uma entidade reguladora autônoma, ensejando diversas discussões e controvérsias relativas à competência normativa das agências reguladoras e à legitimidade democrática de sua atuação.<sup>332</sup>

A atribuição de competência normativa regulatória às agências, para muitos autores, constitui uma etapa essencial para a efetiva regulação de diversos setores da economia por parte do Estado. Vale dizer, a competência normativa das agências reguladoras justificar-se-ia diante do surgimento de questões eminentemente técnicas e frente à necessidade de soluções mais dinâmicas e ágeis por parte da Administração Pública. Para José dos Santos Carvalho Filho, o poder normativo técnico consiste em um dos principais elementos caracterizadores destas autarquias, ao lado da autonomia decisória, da independência administrativa e da autonomia econômico-financeira. Com efeito, o poder normativo técnico das agências reguladoras indica que tais entes recebem das respectivas leis criadoras delegação para a edição específica de normas técnicas complementares de caráter geral.<sup>333</sup> Assim, a

---

<sup>330</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do Direito da Regulação no Brasil?. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 107-139.

<sup>331</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da Regulação..., p. 137.

<sup>332</sup> BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Entre política e expertise: a repartição de competências entre o governo e a Anatel na Lei Geral de Telecomunicações. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 16, nov./dez./jan. 2009.

<sup>333</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 517 *et seq.* Como destaca o referido autor, “na verdade não há como alguns estudiosos supõem transferência do poder legiferante a órgãos ou pessoas da Administração, mas tão somente o poder de estabelecer regulamentação sobre matéria de ordem técnica, que, por extremamente particularizada, não poderia mesmo estar disciplinada na lei. (...) O que se exige isto sim, é que as escolhas da Administração regulatória

especialidade, a complexidade e a multiplicidade de questões regulatórias, eminentemente técnicas, exigem que parcela significativa da regulação estatal seja delegada ao ente regulador, que possui competência para tal. Diante da insuficiência do Poder Legislativo para tratar destas questões técnicas, é no espaço das agências reguladoras que se torna possível a produção de regras com maior capacidade de operacionalização e de implementação.<sup>334</sup> Nesse passo, Floriano de Azevedo Marques Neto chama a atenção para o surgimento de subsistemas com arcabouço normativo próprio em oposição ao sistema jurídico unitário e centralizado e sua incapacidade de responder de forma ágil e eficiente as necessidades de uma sociedade e economia complexas. A atividade regulatória, segundo o autor, “enseja mais dinamismo e agilidade na função normativa, permitindo uma resposta do sistema regulatório mais ágil do que a resposta possível no âmbito do ordenamento estatal”.<sup>335</sup>

Contudo, a delegação de competência normativa regulatória às agências merece um cuidado especial – mormente no tocante aos seus limites constitucionais –, tendo em vista que tais entes – externos ao Poder Legislativo – não estão, pelo menos à primeira vista, aptos a criar normas abstratas e gerais, função exclusiva do Parlamento no desenho institucional pátrio. Floriano Azevedo Marques Neto expõe este polêmico cenário ao destacar a dificuldade de inserção das agências na estrutura da tripartição dos Poderes. O autor, ao sublinhar que as agências possuem funções que são características de cada um dos três Poderes, ressalta que subjaz à atividade regulatória um caráter notadamente normativo e alerta “serem frequentes as críticas no sentido de que esta atividade das agências caracterizaria indevida invasão das funções legislativas do Parlamento”.<sup>336</sup> Marques Neto salienta, assim, que o fato é que a atuação das agências reflete a crise vivida pelo princípio da legalidade, que não decorre

---

tenham suporte em elementos concretos e suscetíveis de aferição” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo...*, p. 517).

<sup>334</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes..., p. 82.

<sup>335</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 73-88, jan./mar. 2011, p. 76 e 79. Para Floriano de Azevedo Marques Neto, a moderna configuração da sociedade e da economia favorecem a autonomização dos sistemas. Segundo o referido autor, “ao estatuir para cada setor da vida econômica e social, um determinado equilíbrio, um código interno e um aparato normativo próprio, acaba por criar subsistemas normativos (...), que convivem de maneira nem sempre harmônica com a unicidade e centralidade do ordenamento jurídico estatal, construído sob o prisma do monismo jurídico (...) disso adviria a insubmissão do sistema econômico em relação ao sistema político e a consequente fragmentação dos subsistemas econômicos a partir da configuração, para cada qual, de um determinado arranjo (equilíbrio) sistêmico” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea..., p. 75-76).

<sup>336</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes..., p. 92-93.

necessariamente do fenômeno do surgimento destas entidades, mas da próprio difusão de fontes normativas no desenho institucional de determinado país.<sup>337</sup>

Em relação ao princípio da separação dos poderes, Stephen Holmes assevera que tal garantia consiste em um dos pilares do constitucionalismo, uma vez que a divisão de poderes contribui para evitar abusos e excessiva concentração de poder.<sup>338</sup> Porém, o autor vai além: a separação de poderes pode ser encarada também como uma forma de divisão de trabalho, permitindo uma distribuição e organização mais eficiente das funções estatais. Holmes relata que, no princípio, os reis estabeleceram agências judiciais semiautônomas como forma de enfrentar a excessiva concentração de funções governamentais. Originariamente, ao menos, não se estabeleceu uma jurisdição independente com o fim de limitação do poder, mas, ao contrário, para aumentar a capacidade do governo de desempenhar as suas funções.<sup>339</sup> Assim, o autor lembra que a noção de separação dos poderes – como versão política da divisão do trabalho – é criativa, pois a especialização de funções aumenta a sensibilidade ante a diversidade dos problemas sociais. Holmes inclusive destaca que gradualmente foram sendo criadas novas instituições e cargos para enfrentar este crescente volume de problemas oriundo da sociedade. Assim, a atribuição de competência normativa regulatória às entidades que possuem conhecimento técnico específico de determinado setor a ser regulado parece perfeitamente encaixar-se nesta concepção de separação dos poderes desenvolvida por Stephen Holmes, isto é, sob o viés de divisão de trabalho.

Portanto, parcela da doutrina destaca que a competência normativa regulatória das agências trata justamente do critério que melhor caracteriza tais entidades – em detrimento, inclusive, da independência de tais entes, tida, pela maioria da doutrina, como o principal caracterizador das agências reguladoras.<sup>340</sup> Conrado Hübner Mendes aduz que “possuindo poder normativo, então, consideraremos o ente uma agência reguladora”.<sup>341</sup> Isto é, segundo o

---

<sup>337</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes..., p. 94.

<sup>338</sup> HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). *Constitucionalismo y democracia*. Trad.: Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988], p. 217-262. De acordo com Stephen Holmes, “una rama del gobierno puede ‘frenar’ a otra, inhibiendo el despotismo y revelando la corrupción” (HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia..., p. 217-262).

<sup>339</sup> HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia..., p. 217-262. Segundo Holmes, “la separación de poderes sigue facilitando la labor del gobierno: separa jurisdicciones traslapantes, define las que eran confusas cadenas de mando y ayuda a superar una paralizante confusión de funciones. (...) La evolución de tres distintas (aunque cooperadoras) ramas del gobierno debiera probablemente concebirse por analogía con el desarrollo del moderno sistema de gabinete” (HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia..., p. 217-262).

<sup>340</sup> MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras..., p. 129.

<sup>341</sup> MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras..., p. 129. Para Leila Cuéllar, por sua vez, “a atribuição de poder-dever normativo às agências independentes é inerente ao seu papel regulador.

autor, a entidade não será classificada como agência reguladora simplesmente por exercer regulação em qualquer uma de suas formas, mas, acima de tudo, por possuir competência para produzir normas infralegais que interferem diretamente na esfera de direitos do particular.<sup>342</sup> Entendimento também adotado por Fernando Dias Menezes de Almeida. O autor aduz que da leitura do artigo 174 da Constituição Federal (“como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”) não se pode concluir que a agência reguladora goze de ampla competência normativa, no entanto, é equivocado assumir que, em sentido oposto, não usufrua também de nenhuma. Segundo Menezes de Almeida, as agências possuem uma competência normativa regulatória que não se confunde com a competência legislativa, e nem com a regulamentar, exclusiva esta do Poder Executivo.<sup>343</sup>

Nesse contexto, de um lado, tem-se o surgimento de novos núcleos organizacionais na Administração Pública, que exige a atualização da teoria da separação dos poderes.<sup>344</sup> Afinal, as agências possuem um conhecimento técnico mais específico de determinado setor a ser regulado do que o Poder Legislativo. De outro, apesar de a competência normativa regulatória configurar característica intrínseca às agências, tem-se que o seu exercício deve se dar sem a usurpação da função precípua do Poder Legislativo (que é a de criar normas gerais e abstratas e inovar no ordenamento jurídico), em atendimento à garantia da separação dos poderes. Ou seja, o exercício da competência normativa por parte das entidades reguladoras – apesar de serem dotadas de um conhecimento técnico e específico – não pode inovar no ordenamento jurídico, mas tão somente especificar tecnicamente e explicitar, em caráter

---

Não se regula sem competência normativa” (CUÉLLAR, Leila. *Introdução às agências reguladoras brasileiras*. Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 57).

<sup>342</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e agências reguladoras...*, p. 129.

<sup>343</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Teoria da Regulação...*, p. 134-135. “O principal parâmetro para essa resposta é o princípio da legalidade, consagrado no art. 5º, II, da CF. Sendo assim, qualquer exceção a ele deve decorrer expressamente do texto constitucional (como no caso dos exemplos acima mencionados, de regulamentos independentes)” (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Teoria da Regulação...*, p. 135). Por conseguinte, para o autor, a competência normativa regulatória inerente às agências, tendo em vista os limites do Poder Legislativo e Executivo, consiste em competência para tratar i) de assuntos *interna corporis* da entidade reguladora, ii) explicitar conceitos e concretizar parâmetros técnicos aplicáveis à matéria regulada e, finalmente, iii) editar atos infralegais e, nos casos em que couber também regulamento, infra-regulamentares, objetivando a disciplina de detalhes específicos de sua atividade (concretizando, assim, a vontade das normas hierarquicamente superiores) (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Teoria da Regulação...*, p. 136).

<sup>344</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 353.

infralegal, as disposições gerais emanadas pelo Parlamento.<sup>345</sup> Afinal, competência normativa regulatória, em teoria, não se confunde com competência legislativa; isto é, a função regulatória constitui a explicitação de conceitos jurídicos indeterminados, implícitos na lei.<sup>346</sup> Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld leciona que as agências reguladoras não usurpam a função legislativa; o Poder Legislativo continua editando normas gerais e abstratas (*standards*); entretanto, as atuais exigências da sociedade impõem o estabelecimento de uma normativa específica a respeito de diversos setores da economia por entidades específicas.<sup>347</sup> Ainda, Alexandre Santos de Aragão e Patrícia Sampaio sublinham que a competência normativa regulatória das agências “deve ser compreendida à luz da finalidade do exercício da atividade

---

<sup>345</sup> STUCHI, Carolina Gabas. Regulação e desregulação diante dos princípios da administração pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 116.

<sup>346</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. A função regulatória. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C (Coord.). *Direito Empresarial Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 22. Leila Cuéllar, nesse mesmo sentido, também destaca que a competência normativa das agências não se assemelha com a competência legislativa. Segundo a autora, “verifica-se, portanto, que quando se fala em poder das agências reguladoras para emitir normas de natureza e eficácia abstratas, admite-se a competência normativa das agências e nunca a competência legislativa” (CUÉLLAR, Leila. *Introdução às agências reguladoras brasileiras...*, p. 58). Tal entendimento é compartilhado por Maria Sylvia Zanella di Pietro, que ressalta que o que tais agências estão vedadas de realizar, por lhe faltar a necessária matriz constitucional, “é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 58). Como destaca a autora, “esse óbice constitui-se no mínimo indispensável para preservar o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica. Principalmente, não podem as agências reguladoras baixar normas que afetem os direitos individuais, impondo deveres, obrigações, penalidades, ou mesmo outorgando benefícios, sem previsão em lei (...). Não se pode deixar de lembrar que a proteção dos direitos individuais frente ao Estado constitui a própria razão de ser da construção do princípio da legalidade, sem o qual não existe Estado de Direito” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade..., p. 58-59). Destarte, a aludida autora destaca que se trata de matéria de reserva de lei, nos termos do disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade..., p. 59).

<sup>347</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 27. Por seu turno, Egon Bockmann Moreira defende que a regulação normativa pode envolver a edição de normas gerais e abstratas (e/ou concretas), destacando que o artigo 174 da Constituição – ao consignar que o Estado constitui agente normativo e regulador da atividade econômica – afasta-se da dimensão restritiva disposta no artigo 84 do texto constitucional. Segundo o autor, este dispositivo constitucional (artigo 84) não se dirige ao Estado brasileiro, mas tão somente e diretamente à Presidência da República, defendendo, por consequência, que existe um abismo entre os tradicionais regulamentos administrativos – como atos meramente complementares à lei – e a competência regulamentar, disposta no artigo 174 da Constituição. Porém, o autor faz a ressalva de que a positivação das várias competências extraídas dos artigos 173 e 174 do texto constitucional depende, ainda, das opções do legislador ordinário, em que pese critique a concepção liberal clássica baseada no princípio da separação dos poderes e da legalidade: “ampliou-se, por conseguinte, as alternativas do Poder Legislativo, a fim de que ele possa definir, setor a setor, caso a caso, momento a momento, como se dará, a interação do Estado com a economia”. Isto é, ao discorrer de forma específica sobre as agências, o autor ressalta que elas não são soberanas e que sua competência ainda precisa ser definida em *standards* legislativos (subordinando-se, portanto, à lei e à Constituição). Por outro lado, destaca que a atividade delas é criativa e não meramente declarativa, aduzindo que “interpretar não é mais o meio para se chegar a algum lugar, mas a própria construção do lugar” (MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do Direito da Regulação no Brasil?. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 107-139).



administrativa, a qual reside no cumprimento das competências constitucional e legalmente consagradas às autoridades”.<sup>348</sup> Trata-se, segundo estes autores, de competência normativa “inserida no bojo das competências administrativas do Estado e, por conseguinte, subordinada, sempre, à legalidade”.<sup>349</sup>

Por outro lado, Paulo Roberto Ferreira Motta faz o alerta de que a realidade não pode ser ignorada, tendo em vista que, em verdade, as agências reguladoras, no Direito brasileiro, “vêm realizando uma estatuição primária de direito positivo”.<sup>350</sup> Segundo o autor, mesmo que não se verifique na Constituição permissão para esta inovação, as agências já estão e continuarão inovando o ordenamento jurídico, sempre sob a justificação da normatização técnica. Assim, o autor defende uma “exegese responsável”, admitindo, de forma “extremamente restrita”, o exercício da competência normativa regulatória das agências, especificamente sobre aspectos técnicos, sob algumas condições.<sup>351</sup> Para Motta, são quatro: i) sempre que a questão técnica implicar inovação no ordenamento, a norma, antes de sua vigência, deve permitir o contraditório aos cidadãos que eventualmente serão atingidos por ela; ii) a imediata elaboração de um Código de Procedimento Administrativo, a fim de permitir materialmente a condição anterior; iii) a justificação técnica deve sempre ser passível de apreciação pelo Poder Judiciário; iv) neste último caso, o Poder Judiciário deve relativizar o princípio da presunção de constitucionalidade do ato normativo impugnado.<sup>352</sup>

À margem da discussão a respeito da legalidade da competência normativa regulatória das agências, fato é que ela configura uma prática constante desde o surgimento destas entidades no Direito nacional. E o exercício desmedido desta competência normativa, vale dizer, a edição excessiva de portarias, resoluções e demais instrumentos normativos, assim como alterações bruscas e drásticas no conjunto normativo regulatório, acaba por gerar um cenário de considerável insegurança jurídica aos agentes econômicos envolvidos, trazendo elevados riscos nos setores de infraestrutura. Com efeito, os problemas que decorrem da competência normativa regulatória das agências configuram violação aos ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, que compõem o princípio da segurança jurídica.

---

<sup>348</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Omissão no exercício do poder normativo das agências e a concorrência desleal. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 547.

<sup>349</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Omissão no exercício do poder normativo das agências e a concorrência desleal..., p. 547.

<sup>350</sup> MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri: Manole, 2003, p. 181.

<sup>351</sup> MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras...*, p. 182-183.

<sup>352</sup> MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras...*, p. 183.

Por um lado, a criação das agências reguladoras, no contexto da reforma administrativa da década de 1990, possuiu, dentre os seus objetivos, justamente a necessidade de conferir maior segurança e estabilidade aos investimentos.<sup>353</sup> A proposta de constituição das agências cumpriria exatamente este papel, melhorando a governança regulatória e assumindo o compromisso de estabilização das normas de cada setor. A liberalização de mercados e o cenário de privatizações ocorrido na década de 1990 provocaram a exigência de um aparato estatal que permitisse o planejamento a longo prazo, a coordenação das decisões privadas e a garantia de cumprimento das regras para o bom funcionamento da economia. Estes mecanismos possibilitariam aumentar a confiança no ambiente regulatório, permitindo, assim, a redução do chamado risco regulatório e dos ágios sobre os mercados financeiros.<sup>354</sup> Ocorre que a edição excessiva de várias normas infralegais por tais agências, além de alterações bruscas e drásticas do conjunto normativo regulatório, acabou por resultar justamente no efeito contrário: um cenário de insegurança jurídica prejudicial às possibilidades de investimento nos mais diversos setores de infraestrutura.

Neste contexto de alteração brusca e excessiva do conjunto normativo regulatório pelas agências, cite-se um exemplo ocorrido no setor de telecomunicações, em que foi comprometida de forma significativa a capacidade de assimilação dos sujeitos envolvidos (antigos detentores de autorizações para a execução do chamado serviço de MMDS/SeAC). Em 16 de agosto de 2010, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) publicou a Resolução nº 544 de 2010<sup>355</sup> que modificou a destinação, dentre outras, das faixas de espectro de 2.500 MHz a 2.690 MHz, até então utilizadas para a execução do serviço de MMDS (Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal) e SeAC (Serviço de Acesso Condicionado), com o objetivo de licitá-las para a prestação de Serviço Móvel Pessoal – SMP de alta velocidade, denominada de 4ª Geração da telefonia móvel (4G). Em síntese, a ANATEL decidiu *bruscamente* que as operadoras de MMDS/SeAC teriam de desocupar uma faixa de 120 MHz para leiloá-la aos operadores de serviços móveis; todavia, em virtude das restrições impostas pela Resolução em questão, a ANATEL – configurando um cenário de grande insegurança jurídica – estava praticamente decretando o fim dos serviços de

---

<sup>353</sup> MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras..., p. 123.

<sup>354</sup> RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). *Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2009, p. 135.

<sup>355</sup> “Modificar a Destinação de Radiofrequências nas Faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz e republicar, com alterações, o Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências nas Faixas de 2.170 MHz a 2.182 MHz e de 2.500 MHz a 2.690 MHz”.

MMDS/SeAC na faixa remanescente, em claro prejuízo aos antigos agentes econômicos prestadores do serviço. Cumpre ressaltar que as autorizações para a execução do serviço de MMDS/SeAC na faixa de 2.500 MHz a 2.690 MHz foram todas obtidas de forma legítima, por intermédio de processo concorrencial promovido pela ANATEL. Portanto, economicamente se fragmentou um mercado (o da TV por assinatura via MMDS) para fortalecer outro – foi essa mudança que possibilitou à agência realizar o leilão da faixa de 2,5 GHz para a introdução do serviço do 4G em larga escala no país.<sup>356</sup>

A alteração brusca das normas regulatórias do setor de telecomunicações afeta o ideal de calculabilidade, pois o agente econômico acaba sendo *surpreendido* na sua atuação. Isto é, o agente econômico (no caso, as operadoras de MMDS/SeAC), não pode controlar, em determinado momento, os efeitos que lhe seriam atribuídos pelo Direito no futuro, diante da surpresa de alteração das normas do setor.<sup>357</sup>

Estes casos de expropriação dos direitos de propriedade dos particulares por atos normativos da Administração são nomeados por Rafael Vêras de Freitas de “expropriações normativas”, destacando o autor que “ainda que tal modalidade de intervenção estatal tenha por fim corrigir, por meio de um processo reflexivo de interesses, ‘falhas de mercado’ (*market failures*) e ‘falhas de governo’ (*government failures*), isso não autoriza que o regulador edite atos que sacrifiquem ‘direitos de propriedade’ dos agentes regulados (...)”.<sup>358</sup> O fenômeno se caracteriza com a edição de atos normativos regulatórios (seja pelo Poder Legislativo ou Executivo, seja por parte das agências reguladoras) que originam atos lícitos, individualizáveis, mas que reduzem significativamente os aspectos patrimoniais do direito de propriedade.<sup>359</sup> As alterações bruscas das normas regulatórias ocorrida no setor de

---

<sup>356</sup> Em 12 de junho de 2012, a ANATEL realizou, por meio do Edital 004/2012-PVCP/SPV, a licitação do direito de uso das subfaixas de radiofrequências integrantes das subfaixas de 2500 MHz a 2690 MHz, tendo algumas determinadas operadoras de telefonia como vencedoras das faixas cedidas pelas operadoras de MMDS/SeAC. Com efeito, a ANATEL definiu de modo claro e expresso no artigo 12 da Resolução nº 544/2010 e item 1.13 e 1.13.1 do Edital nº 004/2012/PVCP/SPV que os adquirentes vencedores das subfaixas da banda do 2,5 GHz teriam de ressarcir os ocupantes da faixa em questão. Ocorre que não houve resolução consensual quanto ao valor devido pela indenização até o prazo limite de 31 de março, pois as adquirentes das subfaixas licitadas, mesmo cientes desde o início do dever de compensar, pouco ou nada fizeram para buscar a composição com as operadoras de MMDS.

<sup>357</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 306.

<sup>358</sup> FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações normativas*. Rio de Janeiro, 2015. 215f. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, p. 17.

<sup>359</sup> FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações normativas...*, p. 17. Rafael Vêras de Freitas conceitua o fenômeno do seguinte modo: “a expropriação normativa é a falha do processo de elaboração da norma, provocada pela não realização de um procedimento avaliador de seus efeitos sistêmicos, que impõe um sacrifício de direitos a particulares, por meio do estabelecimento de gravames anormais e especiais, sem a observância do devido processo legal expropriatório (previsto no art. 5º, inciso XXXIV, da CRFB, resultando na Responsabilização do Estado por ato lícito, em razão da violação da equânime repartição dos encargos sociais” (FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações normativas...*, p. 144).

telecomunicações configura uma perfeita representação das “expropriações normativas” referidas por Freitas.

Como destaca Sérgio Guerra, na regulação normativa, o dano ao agente econômico privado pode decorrer de uma intervenção desnecessária ou inadequada. Para o autor, “diante da imperatividade dos freios e contrapesos, são legítimas as restrições regulatórias à livre iniciativa privada, desde que razoáveis e proporcionais. Por isso, a regulação normativa deve ser praticada por meio de uma interpretação voltada para frente, orientada na ponderação de interesses, custos, ônus e benefícios da ação regulatória”.<sup>360</sup>

Além das alterações bruscas das normas provocadas pela atuação normativa das agências reguladoras, Fábio Nusdeo chama atenção ao problema de “juridificação” no ambiente regulatório nacional. O autor destaca que a juridificação consiste no fenômeno da multiplicação de normas legais e regulamentares, com tendência a criar uma “babel normativa”, de difícil absorção pelo mercado, má adaptação e rejeição pelos indivíduos regulados. Com efeito, por meio dela produz-se inúmeras fontes normativas, dispersas e desconexas, cada uma refletindo a visão de uma agência reguladora. Segundo o autor, por consequência, tal fenômeno compromete a capacidade de assimilação do conjunto normativo pelos agentes econômicos envolvidos.<sup>361</sup> Veja-se, por exemplo, que de 1997 a 2012, a ANEEL já havia editado mais de 500 resoluções normativas, em um verdadeiro processo de intensificação da regulação.<sup>362</sup> O mesmo cenário pode ser verificado em outros setores, como é o caso do setor de telecomunicações e transporte terrestre (este detalhado mais adiante). A mencionada juridificação das normas regulatórias afeta, em um primeiro momento, o ideal de cognoscibilidade, pois impossibilita e prejudica a *compreensão* do arcabouço regulatório pelos agentes econômicos. Os agentes econômicos não conseguem compreender, com exatidão, qual é a norma aplicável ao seu caso, diante do elevado número de resoluções e portarias existentes. Nesse contexto, Manuel Afonso Vaz, a respeito das normas de Direito Econômico, leciona que “aos próprios juristas é muitas vezes difícil saber ‘em que lei se

<sup>360</sup> GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 350 e 351.

<sup>361</sup> NUSDEO, Fábio. O direito econômico centenário..., p. 123. Além da denominada juridificação no ambiente regulatório de um sistema dual (isto é, sistemas que combinam as decisões puramente de mercado com as do poder estatal, emanadas, por exemplo, das agências reguladoras), Nusdeo também aponta o grave problema dos grupos de pressão ou *lobbies*. “Com efeito, os legisladores e aplicadores das normas regulamentares precisam saber quais delas são necessárias e quando. Existe uma *procura* por legislação, respondida pelos políticos e legisladores com a *oferta* de dispositivos legais. Esta procura pode ser legítima ou pode apenas visar ao aumento da lucratividade de alguns às custas da comunidade” (NUSDEO, Fábio. O direito econômico centenário..., p. 123.).

<sup>362</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do Direito da Regulação no Brasil?. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 107-139.

vive', em especial em períodos de mutação profunda das estruturas económico-sociais".<sup>363</sup> Os agentes económicos podem ter conhecimento da existência e da vigência das normas em geral, todavia, podem não ter um mínimo de segurança com relação a qual norma deve ele obedecer.<sup>364</sup> Ademais, a juridificação das normas regulatórias também afeta o ideal de confiabilidade do princípio da segurança jurídica, tendo em vista que os agentes económicos são *frustrados* em relação à vigência do ordenamento jurídico. Afinal, as normas aplicáveis não são duradouras/estáveis e são alteradas frequentemente pelo Poder Público. Se o ordenamento for excessivamente modificado pelas agências, os agentes económicos terão dificuldades para saber, de fato, a qual norma obedecer, assim como terão relutância em agir, por não saber se as normas que conhecem continuarão valendo.<sup>365</sup>

Um claro exemplo do fenômeno da juridificação ocorreu no setor de transporte terrestre, onde a alteração normativa se deu de forma excessiva, com edição de várias leis, decretos e resoluções, prejudicando a capacidade de assimilação e compreensão das normas regulatórias pelos agentes económicos envolvidos na exploração do serviço. A Constituição Federal, ao prever a exigência de concessão ou permissão para a prestação de serviços públicos, sempre por licitação, acarretou alterações significativas em relação ao então marco vigente do setor, qual seja, o Regulamento dos Serviços Rodoviários Interestaduais e Internacionais de Transporte Coletivo de Passageiros, aprovado pelo Decreto nº 92.353/86. Tal diploma normativo admitia que a exploração dos serviços fosse adjudicada tanto por concessão, por intermédio de concorrência pública, quanto por permissão, por meio de seleção sumária de transportadora. A adaptação do referido marco ao novo texto constitucional foi objeto de sucessivos e diversos atos do Poder Executivo, os Decretos nº 99.072/1990, 952/1993 e 2.521/1998 (este último que já possui as determinações previstas na Lei nº 8.987/1995).<sup>366</sup> Finalmente, a Lei nº 10.233/2001 atribuiu diversas competências à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), entre elas, a de elaborar e editar normas e regulamentos relativos à exploração de vias e terminais. Com efeito, o marco regulatório vigente do setor restou definido pelas Leis nº 8.987/1995 e 10.233/2001, pelo Decreto nº 2.521/1998 e pelas resoluções emitidas pela ANTT.<sup>367</sup> A atuação normativa da ANTT deu-se de forma demasiada: após a sua implantação, a agência procedeu à consolidação do conjunto de normas estabelecidas pelo Ministério dos Transportes em 1998, em complementação ao

---

<sup>363</sup> VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico...*, p. 89.

<sup>364</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 327.

<sup>365</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 357.

<sup>366</sup> GUIMARÃES, Eduardo Augusto. *Regulação no setor de transporte terrestre no Brasil...*, p. 131.

<sup>367</sup> GUIMARÃES, Eduardo Augusto. *Regulação no setor de transporte terrestre no Brasil...*, p. 132.

Decreto nº 2.521, reunindo tais normas por intermédio de sua transcrição como anexos da Resolução nº 18/2002. Todavia, tal consolidação foi posteriormente modificada pelas Resoluções nº 166, 226, 249 e 25, todas do ano de 2003. Após, a agência do setor ainda emitiu a Resolução nº 957/2004, que dispôs sobre normas para a redução da frequência mínima estabelecida no contrato de permissão em virtude do nível de ocupação dos assentos do veículo; e a Resolução nº 1.627/2006, que definiu a metodologia de reajuste por fórmula paramétrica aplicada e a periodicidade das revisões ordinárias das tarifas.<sup>368</sup> Como dito, todo esse cenário de edição de várias resoluções por parte da agência reguladora prejudica, primeiramente, a capacidade de orientação dos agentes econômicos que não conseguem compreender, com certeza mínima, qual é a norma aplicável ao seu caso e, ademais disso, tais agentes terão certa relutância em agir economicamente em razão de não saberem se as normas que conhecem hoje continuarão valendo amanhã.

Destarte, a excessiva edição de portarias, resoluções e outros instrumentos normativos por parte das agências reguladoras (“juridificação”, nas palavras de Nusdeo), além de alterações bruscas das normas regulatórias, geram um cenário de insegurança jurídica em vários setores da economia nacional.<sup>369</sup> Tal violação ao princípio da segurança jurídica, como visto, ocorre mediante afronta aos ideais parciais do princípio, quais sejam, cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade. Na sequência, passa-se a expor os problemas de insegurança jurídica que se verifica no seio dos contratos regulatórios de infraestrutura.

---

<sup>368</sup> GUIMARÃES, Eduardo Augusto. Regulação no setor de transporte terrestre no Brasil..., p. 132.

<sup>369</sup> Ademais, além do impasse atinente à competência normativa regulatória das agências, outros problemas adicionais podem ser citados como ensejadores de insegurança jurídica no contexto regulatório nacional. Egon Bockmann Moreira cita três: a migração pública, o locaute regulatório e a inanição regulatória. Em relação ao primeiro problema, o autor destaca que muitos dos cargos diretivos das agências passaram a ser ocupados por pessoas sem a devida qualificação técnica necessária, com fins exclusivamente políticos. Cita, por exemplo, que durante a crise área de 2007, a Agência Nacional de Aviação Civil era presidida por um engenheiro mecânico pós-graduado em sociologia. Em relação ao locaute regulatório, o autor aponta que ao não se nomear diretores com elevado conhecimento técnico, o governo literalmente impede que a regulação de determinado setor seja feita. Por fim, quanto à inanição regulatória, destaca-se a ausência de receita a ser destinada para as agências exercer a função regulatória. Sem receita, cuja ausência impede a contratação de servidores com elevada qualificação técnica, a regulação é gravemente comprometida. Segundo o referido autor, estes três males “revelam aspectos de um problema mais sério a ser enfrentado em futuro não muito distante (assim se espera), que diz respeito à própria independência das agências brasileiras”. Todos os males mencionados, ao lado da excessiva edição de normas pelas agências reguladoras, constituem aspectos que comprometem o regular atendimento ao princípio constitucional da segurança jurídica (MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do Direito da Regulação no Brasil?. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 107-139).

## 2.2 A insegurança jurídica e os contratos de infraestrutura

O instrumento contratual possui elevada relevância para a exploração da infraestrutura nacional, seja mediante os contratos de desembolso e os de investimento, seja por intermédio das autorizações regulatórias. No caso dos contratos de investimento, a concessão, por exemplo, configura um importante instrumento na busca pelo desenvolvimento socioeconômico e possui um caráter nitidamente instrumental à realização de valores fundamentais e escolhas políticas do Estado.<sup>370</sup> Já no tocante às autorizações regulatórias, trata-se também, como será visto neste subcapítulo, de instrumento de destaque para a instituição de políticas públicas. Com efeito, as formas clássicas de exploração da infraestrutura por particulares, como se sabe, são tradicionalmente exploradas por intermédio do instrumento contratual. Em relação às autorizações, conforme será exposto, também se admite a técnica contratual como exploração (veja-se a experiência do setor portuário, por exemplo). No caso dos setores de infraestrutura explorados por contratos de investimento é comum falar de contratos de *longa duração*, que configuram verdadeiros *instrumentos de governo*.

Nesse cenário, Pedro Gonçalves destaca a chamada *regulação administrativa por contrato* (em oposição à denominada *regulação administrativa como contrato*) e a define como o processo jurídico de formulação e/ou instituição de normas regulatórias por meio de um contrato celebrado entre a autoridade pública responsável por organizar a regulação de determinado setor da economia ou a autoridade reguladora deste setor e uma ou várias empresas que nele exercem certa atividade econômica. O autor fala, assim, em um fenômeno de *contratualização da regulação pública* e no chamado *contrato regulatório*, que configura um contrato por meio do qual se efetiva toda ou parte da regulação de determinado setor da economia.<sup>371</sup>

O conceito de contrato regulatório é essencial para a análise da insegurança jurídica na presente dissertação, pois abarca tanto os tradicionais contratos de concessão e os contratos decorrentes da Lei nº 8.666/1993, como também as autorizações regulatórias.<sup>372</sup> Segundo Pedro Gonçalves, o contrato regulatório “pode revelar-se como um instrumento da administração reguladora; um instrumento utilizado para, através do consenso entre regulador

---

<sup>370</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

<sup>371</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 127.

<sup>372</sup> No caso dos contratos de desembolso da Lei de Licitações, mencione-se o artigo 3º deste diploma legal que assegura como objetivo das licitações públicas o desenvolvimento nacional sustentável.

e regulados, se proceder à *formulação e/ou à implementação* de normas regulatórias que disciplinam um determinado mercado”.<sup>373</sup>

No caso dos contratos de investimento, tais pactos apresentam características importantes como a complexidade, a demasiada imprevisibilidade e exigem elevados investimentos iniciais.<sup>374</sup> Ao lado destas características, Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior destacam a importância dos contratos para o desenvolvimento nacional, pois a confiança nele depositada e a possibilidade do seu cumprimento geram ganhos de eficiência, haja vista a dinamicidade que o seu cumprimento dá à economia.<sup>375</sup> Todavia, muitos contratos são quebrados e não cumpridos pelo Poder Público, gerando custos de transação para os agentes econômicos, que na grande maioria das vezes acabam tendo que recorrer ao Poder Judiciário (custos *ex post*), também fonte de elevada insegurança jurídica.

Na sequência, passa-se à análise destes contratos de infraestrutura, efetivos *contratos regulatórios* na acepção formulada por Pedro Gonçalves, e seu impacto e relação com o princípio da segurança jurídica, incluindo-se nessa análise também os contratos de desembolso da Lei nº 8.666/1993. Apesar da maior importância concedida neste trabalho aos ditos contratos de investimento na exploração da infraestrutura pátria (conforme foi exposto no primeiro capítulo), os contratos de desembolso também possuem a sua relativa relevância para a economia brasileira, especialmente diante do cenário de quebra contratual generalizada pela Administração Pública.<sup>376</sup> Assim, a classificação que se propõe no presente trabalho é o estudo dos contratos regulatórios de infraestrutura (gênero), incluindo, como espécies, os

---

<sup>373</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante...*, p. 127. Pedro Gonçalves realiza a distinção entre regulação administrativa *por contrato* e a regulação administrativa *como contrato*. Em relação a este último caso, ao contrário da regulação administrativa *por contrato* que destaca a existência de um contrato regulatório explícito e real, o autor salienta que “assim surgiu o conceito de *regulatory contract* (contrato regulatório); pode pois concluir-se que, de acordo com este entendimento, o conceito de contrato regulatório não se refere a um contrato explicitamente celebrado e constante de um documento, mas antes a um ‘contrato implícito’ (...) O *entendimento contratual* da regulação por agência não pretende apenas sublinhar uma mera coincidência morfológica entre esta e a regulação por contrato. O objetivo prosseguido é de, a partir dessa coincidência, remeter para o *direito dos contratos* a resposta para as múltiplas vicissitudes que se suscitam nas relações entre regulador e regulados. O resultado da ‘leitura contratual’ conduzirá à diminuição da *discrecionabilidade regulatória*, dado que qualquer modificação regulamentar tenderá a ser considerada uma modificação contratual com as consequências que daí decorrem (reposição do equilíbrio, em caso de aumento dos custos). Por outro lado, defende-se que o ‘contrato regulatório’, apesar de implícito, é um contrato, e, portanto, deve ser honrado pelo Estado como qualquer outro” (GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante...*, p. 123-124).

<sup>374</sup> NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviços públicos e PPPs. In: CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de; PASOLD, Cesar Luiz. (Coord.). *Direito Portuário, Regulação e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 452.

<sup>375</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 130.

<sup>376</sup> O presente tópico procura expor a quebra contratual generalizada no Brasil, seja no seio dos relevantes contratos de investimento, seja no bojo dos contratos de desembolso da Lei nº 8.666/1993. Assim, serão feitas as devidas ressalvas e indicações das lógicas distintas entre as duas espécies de contratos regulatórios.



contratos de desembolso, os contratos de investimentos e as autorizações regulatórias. Após a exposição, em um primeiro momento, da insegurança no seio dos contratos de desembolso e dos contratos de investimento mediante o cenário generalizado de quebra de contratos, expor-se-á, também, a insegurança jurídica dos agentes econômicos detentores de autorizações regulatórias.

### **2.2.1 Os contratos de investimento e os contratos de desembolso: a quebra de contratos generalizada por parte da Administração Pública**

Após o ano de 1994, com a estabilização da economia nacional, foram promulgados diversos diplomas legais no Brasil que permitiram o planejamento realizado na *longa duração*. Como exemplo, tem-se a já mencionada Lei nº 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões), as diversas leis setoriais e marcos regulatórios de infraestrutura (portos, telecomunicações, transportes etc.) e, mais recentemente, a Lei nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas). Os contratos previstos por esses diplomas legais instituíram uma nova ótica na prática administrativa na medida em que desafiaram a racionalidade tradicional (imediatista) dos contratos administrativos de desembolso. Tais contratos administrativos de longa duração (os contratos de investimento) – em oposição aos *marchés publiques* da Lei nº 8.666/1993 – permitem, pelo governante do presente, a instalação de verdadeiras políticas públicas setoriais.<sup>377</sup>

Fala-se, assim – no caso dos contratos de investimento –, em *administração por contrato*.<sup>378</sup> O prazo certo e de extensa duração dos contratos de infraestrutura configura uma condição indispensável para permitir a contratação de um projeto de longo prazo que exige um aporte significativo de recursos e projeções com termo final.<sup>379</sup> Dessa forma, por meio da técnica contratual, é possível a fixação de algumas das prioridades de governo em setores de infraestrutura de alta importância e, assim, blindá-las por até trinta e cinco anos (como é o caso da previsão da Lei das Parcerias Público-Privadas que, em seu artigo 5º, inciso I, prevê o prazo de vigência contratual por até trinta e cinco anos). Está-se, portanto, diante de escolhas de governo que perduram no tempo, verdadeiras “escolhas públicas contratualizadas”, como

---

<sup>377</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. O contrato administrativo como instrumento de governo. In: Thiago Marrara. (Org.). *Direito Administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina Brasil, 2014, p. 503-515.

<sup>378</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante...*, p. 129.

<sup>379</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...*, p. 95-96.

sublinha Egon Bockmann Moreira.<sup>380</sup> O autor menciona, por exemplo, que o gestor público do presente possui a possibilidade de definir como se dará a política de transporte público de determinada cidade nos próximos trinta anos, o que faz com que os governantes sucessores submetam-se ao contrato original e com que aquele setor econômico gire em torno das escolhas públicas contratualizadas impostas anteriormente.<sup>381</sup>

É possível falar, então, que os contratos de longa duração – os tradicionais contratos de concessão e de parcerias público-privadas –, como contratos que concretizam a regulação administrativa e instituem escolhas públicas na área de diversos setores de infraestrutura, configuram o que Pedro Gonçalves denomina de *contratos regulatórios*.<sup>382</sup> Além do mais, é possível dizer, também, que estes contratos de infraestrutura de longo prazo possuem características de verdadeiros *contratos relacionais* em oposição aos denominados contratos descontínuos na classificação proposta por Ronaldo Porto Macedo Júnior.<sup>383</sup> Para o autor, contratos descontínuos e relacionais apresentam significativas diferenças no modo pelo qual os sujeitos comportam-se em relação ao tempo. Enquanto os contratos descontínuos (e aqui se enquadram os contratos de desembolso da Lei nº 8.666/1993) tendem a “tornar presente” o futuro, isto é, por meio da antecipação de todo o futuro para o presente através de um utópico planejamento total no instrumento contratual, os contratos relacionais, por seu turno, tendem a “a fundir passado, presente e futuro num *continuum* no qual, todavia, o presente, não importa quão aguda seja a consciência que dele se tem, é parte tanto do passado como do futuro, e eles, por sua vez, partem do mesmo presente”.<sup>384</sup> Isto é, os contratos de infraestrutura de longa

---

<sup>380</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *O contrato administrativo como instrumento de governo...*, p. 503-515.

<sup>381</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *O contrato administrativo como instrumento de governo...*, p. 503-515.

<sup>382</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante...*, 127.

<sup>383</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>384</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor...*, p. 167-168. Ronaldo Porto Macedo Júnior procura desenvolver os elementos fundamentais para uma teoria do direito contratual relacional. Nesse contexto, demonstra os sete elementos da transação contratual que distinguem os contratos descontínuos e os relacionais: 1) relações primárias e não-primárias e número de participantes; 2) medida e especificidade da transação; 3) começo, duração e término; 4) planejamento; 5) divisão e compartilhamento de ônus e benefícios (cooperação e solidariedade) e fontes de apoio moral e econômico; 6) poder; e 7) visão e expectativa dos participantes. Além da noção de presentificação do futuro, “outro aspecto importante que diferencia os tipos ideais de contratos acima identificados refere-se à medida da transação econômica. Um contrato descontínuo puro deve ser facilmente monetizado, isto é, a medida de reciprocidade entre os objetos transacionados deve ser redutível ao equivalente universal dinheiro. Algo diferente, contudo, ocorre nos contratos relacionais, que podem envolver a troca de valores não monetizáveis ou, ao menos, não tão facilmente conversíveis em dinheiro (...). Característica importante a destacar, contudo, é o fato de que nos contratos relacionais há uma certa incomensurabilidade na equivalência das trocas projetadas para o futuro” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor...*, p. 121-196). Logo, os contratos administrativos – como contratos relacionais – opõem-se aos contratos de desembolso típicos da Lei nº 8.666/1993 que determinam previamente e deste logo todas as medidas e especificidades da transação. Vale dizer, nos contratos de longo prazo, os objetos transacionados não se reduzem meramente ao equivalente universal dinheiro, mas envolvem questões altamente significativas como a instituição de políticas públicas em

duração, como são essencialmente incompletos, não possuem a pretensão de presentificação do futuro. Possuem uma racionalidade diferente. Pelo menos deveriam ser encarados desta maneira: de forma totalmente distinta em relação aos contratos de empreitada da Lei nº 8.666/1993, o que, todavia, não parece ser a regra adotada pelos administradores públicos brasileiros, que insistem em lidar com os contratos de infraestrutura de longa duração com a lógica dos contratos de desembolso. Cumpre destacar, contudo, que tal afirmação não significa diminuir a importância dos ditos contratos de desembolso para a exploração da infraestrutura nacional (em verdade, tais contratos, como será visto, também possuem um papel essencial para a consolidação de segurança jurídica no contexto nacional). Apenas possuem lógicas distintas (incompletude e longa duração), em que pese ambas espécies possam ser reputadas como regulatórias.

Nesse mesmo contexto, Marcos Nóbrega destaca que os contratos, quanto à sua incompletude, podem ser classificados em clássicos, neoclássicos e *relacionais*. Em relação aos contratos relacionais, o autor faz a ressalva de que eles devem observar a necessidade de renegociação periódica, justamente por serem incompletos. O autor destaca que tais contratos somente deverão ser utilizados quando houver adicional proteção fora do contrato de forma a evitar o oportunismo das partes.<sup>385</sup> O que, todavia, não é o caso dos contratos de infraestrutura pactuados no Brasil, haja vista o grande cenário de insegurança que ocorre em solo brasileiro (como a elevada insegurança em relação ao Poder Judiciário, por exemplo).

Portanto, os contratos de infraestrutura de longa duração (isto é, os ditos contratos de investimento), como contratos regulatórios e detentores de características relacionais, são essencialmente *incompletos* (e é assim que devem ser encarados – até como forma de garantir segurança jurídica para as partes envolvidas), visto que é impensável imaginar que certo instrumento contratual consiga prever todas as vicissitudes que ocorrerão nos diversos setores de infraestrutura nos próximos dez, vinte ou trinta anos. Trata-se de uma pretensão de presentificação do futuro, típica dos contratos de empreitada previstos pela Lei de Licitações (novamente: frise-se que isso não significa desmerecer a relevância dos contratos de desembolso para a infraestrutura nacional; trata-se apenas de destacar que as lógicas são

---

determinado setor da economia. Ainda, em relação aos contratos relacionais, Fernando Araújo salienta que, “o contrato relacional é aquele em que as partes não reduzem termos fulcrais do seu entendimento a obrigações precisamente estipuladas, porque não podem ou porque não querem, e se remetem a modos informais e evolutivos de resolução da infinidade de contingências que podem vir a interferir na interdependência dos seus interesses e no desenvolvimento das suas condutas, afastando-se da intervenção judicial irrestrita como solução para os conflitos endógenos para privilegiarem o recurso a formas alternativas de conciliação de interesses, seja as que vão emergindo da evolução da relação contratual, seja as que são oferecidas pelo quadro das normas sociais” (ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 395).

<sup>385</sup>

NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura..., p. 448-451.

opostas). Os contratos de infraestrutura de longa duração devem estar prontos para enfrentar a realidade fática, o que Bockmann Moreira denomina de *capacidade de aprendizagem dos contratos*.<sup>386</sup> Marcos Nóbrega lembra que os ditos “contratos completos” consistem nos contratos clássicos e irrealistas que estabelecem exaustivamente as hipóteses que podem, inclusive, comprometer a sua execução. A pretensão de completude contratual configura uma verdadeira falácia; os contratos clássicos apresentam uma série de problemas durante a fase de execução contratual, justamente por possuírem a utópica pretensão de serem completos e conseguirem prever todas (ou quase todas) as contingências que podem afetá-los.<sup>387</sup> Nóbrega destaca, assim, que diante da realidade da incompletude contratual, uma série de circunstâncias deverão ser resolvidas *ex post*, durante o andamento da execução contratual.<sup>388</sup>

É nesse contexto que Bockmann Moreira afirma que a “segurança contratual advém da certeza da mudança” e que “a estabilidade dos contratos de longo prazo não decorre da imutabilidade monolítica, mas sim da dinamicidade/plasticidade”.<sup>389</sup> Trata-se da já exposta ideia de *segurança dinâmica*. Vale dizer, a convivência entre a mutabilidade e a segurança jurídica dos contratantes é da própria essência das concessões, já que tais contratos são incompletos e dinâmicos. Afinal, se algo é certo no longo prazo de duração destes contratos, trata-se das diversas alterações contratuais, tendo em vista as variadas demandas populares e inovações tecnológicas que podem surgir ao longo da execução contratual. Moreira e Milano salientam, nesse passo, que seria ilusório acreditar que exista um contrato tão completo que o torne imune a alterações. “As alterações das demandas sociais em relação ao objeto do projeto concessionário implicarão constantes mutações das obrigações contratuais”.<sup>390</sup>

Entretanto, em que pese a existência desta necessária mutabilidade nos contratos de concessão, com a finalidade de consolidar uma mínima estabilidade contratual, a inalterabilidade da equação econômico-financeira do contrato deve sempre ser garantida. Obviamente, a mutação contratual não pode ser vista de uma forma ilimitada, de tal maneira

---

<sup>386</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *O contrato administrativo como instrumento de governo...*, p. 503-515.

<sup>387</sup> NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura..., 449.

<sup>388</sup> NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura..., p. 450. Como lembra o autor, “dois tipos básicos de custos de transação devem ser considerados: *ex ante* e *ex post*. O principal custo *ex ante* é o do desenho do contrato; o custo de estabelecer todas as contingências e peculiaridades que possam afetá-lo durante a sua execução. Por óbvio, quanto mais complexo for o objeto, mais caro será estipular as cláusulas contratuais. (...) Os custos de transação *ex post*, por outro lado, se referem às inaptações do contrato ao que as partes acordaram; custos para repactuar os contratos ou mesmo gastos com o Judiciário ou arbitragem” (NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura..., p. 440-441).

<sup>389</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *O contrato administrativo como instrumento de governo...*, p. 503-515.

<sup>390</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73325>>. Acesso em: 1º ago. 2014.

que degenere o estabelecido originariamente no contrato, como a alteração do objeto inicialmente pactuado. Para Moreira e Milano, “a mutação do contrato de concessão possui sim limites, seja quanto ao seu objeto (a prestação devida), seja quanto ao seu conteúdo (a relação jurídico-contratual).<sup>391</sup>

Assim, o que resta inviável é a possibilidade de alteração da equação econômico-financeira do contrato.<sup>392</sup> Para Antônio Carlos Cintra do Amaral, é ilusório defender a total imutabilidade dos contratos de concessão durante longos prazos de duração. Segundo o autor, “o que a concessionária tem direito a ver respeitado – e o poder concedente tem o dever de respeitar – é o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Este, sim, é intangível. O contrato é mutável e, mais ainda, deve ser modificado sempre que o interesse público o exija”.<sup>393</sup>

Portanto, apesar de os contratos infraestrutura de longa duração serem essencialmente mutáveis, é indiscutível que tal mutação não pode ser defendida indiscriminadamente, de modo que degenere totalmente a relação contratual. No caso dos contratos de concessão, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato deve ser respeitado pela Administração, sob o risco de gerar insegurança jurídica para os contratados (e isso, obviamente, também vale para os contratos de desembolso, conforme será exposto adiante a partir da leitura dos dispositivos da Lei de Licitações). E, por óbvio, o próprio objeto do contrato, assim como as partes integrantes da relação jurídica contratual. Afigura-se completamente imaginável um governante futuro alterar o objeto de um contrato de concessão pactuado pelo gestor público anterior (passar da exploração de uma rodovia, por exemplo, para uma ferrovia), ou, ainda, simplesmente romper o contrato e iniciar nova relação jurídica contratual com um particular diverso. Tais opções definitivamente estão fora de questão e não configuram escolhas à disposição do gestor público.

Todavia, a prática administrativa demonstra justamente o contrário: um panorama de elevada insegurança na execução dos contratos públicos de longa duração. Entre os principais problemas que podem prejudicar a atuação administrativa na fase de execução contratual elenca-se: i) incentivos para mudanças sem alteração transparente e anterior do contrato; ii) dificuldade de compreensão do conceito de equilíbrio econômico-financeiro em contratos de longo prazo, assim como a ideia de alocação de riscos; iii) riscos de responsabilização do

---

<sup>391</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo...

<sup>392</sup> FREIRE, André Luiz. Segurança jurídica e invalidade dos contratos administrativos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 600.

<sup>393</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de Serviços Públicos: novas tendências*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 23.

parceiro privado por passivos anteriores à concessão; iv) demora ou resistência das autoridades públicas na decisão de pleitos do particular; v) incentivos para a Administração interferir arbitrariamente na execução contratual e na remuneração do contratado.<sup>394</sup>

O caso do ex-governador do Paraná, Roberto Requião, é emblemático no tocante ao tema da quebra contratual dos contratos de investimento. Nas suas campanhas eleitorais ao governo do Estado, o ex-governador criticou severamente os valores cobrados pelas concessionárias de rodovias e, depois que assumiu o governo do Estado em 2003, se negou a permitir os reajustes anuais às empresas. Restou célebre a frase de Requião: “pedágio, ou abaixa ou acaba”. Obviamente, a situação não é tão simples assim. Contratos de longa duração são pactuados para serem cumpridos pelos governantes, inclusive pelos gestores do futuro. Como já foi referido, tratam-se de escolhas públicas contratualizadas, que perduram no tempo. Portanto, na prática nem uma coisa e nem outra acabou acontecendo (fim dos pedágios ou diminuição das tarifas), a não ser a dívida que o Estado precisa adimplir com as concessionárias. E tal resistência do governo em conceder os reajustes somente acaba por prejudicar e conferir ainda mais insegurança às concessionárias, que precisam reclamar tais valores no Poder Judiciário. Como referido, o contrato é sim mutável, mas a Administração remanesce vinculada a cláusulas mínimas. O reajuste das tarifas é uma delas.

Paralelamente, à semelhança da quebra contratual generalizada que ocorre no seio dos contratos de investimento, no caso dos contratos de desembolso o inadimplemento também configura uma prática arraigada na práxis administrativa brasileira. É deveras frequente o Poder Público não pagar os seus parceiros privados ou então pagar com grande atraso no seio de um contrato de empreitada. As moratórias são frequentes na troca de governos como uma via para suspensão dos pagamentos.<sup>395</sup> O problema aqui é de confiabilidade, considerando a frustração sofrida pelo parceiro particular em esperar um determinado comportamento da Administração (o adimplemento contratual). E os impactos desta falta de pagamento são sentidos em ambos os lados da avença. Os efeitos para os agentes econômicos privados são evidentes: muitos contratados quebram e não possuem condições de continuar executando o serviço/infraestrutura. Em relação à Administração, os

---

<sup>394</sup> Os referidos problemas foram elencados por Carlos Ari Sundfeld e Egon Bockmann Moreira ao discutirem o Programa do PPP MAIS como forma de contornar os problemas relativos à fase de regulação da execução contratual (SUNDFELD, Carlos Ari; MOREIRA, Egon Bockmann. PPP MAIS..., p. 14-15).

<sup>395</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O *rating* do inadimplemento contratual das Administrações (por um sistema de cadastramento das Administrações inadimplentes). *Direito do Estado*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-rating-do-inadimplemento-contratual-das-administracoes-por-um-sistema-de-cadastramento-das-administracoes-inadimplentes>>. Acesso em: 26 out. 2016.

prejuízos não são tão óbvios, mas é claro que também existem. Muitas empresas que poderiam oferecer boas propostas à Administração, ao vislumbrar o cenário de quebra de contratos e a inadimplência do parceiro público, optam por não concorrer em determinado certame licitatório ou, ainda, formulam uma proposta de preço que contém eventuais prejuízos. Assim, o Poder Público acaba por pagar mais caro pelo fato de ser inadimplente.

A proposta com sobrepreço é apenas uma das consequências do inadimplemento da Administração. Os custos gerados às partes na execução do contrato são entronizados no preço proposto pelos particulares em uma licitação. Há uma baixa margem de negociação dos parceiros privados na elaboração contratual (em razão da tradicional natureza de contrato de adesão dos contratos administrativos), o que determina uma economia para as partes de custos de transação *ex ante*, empurrando para o momento *ex post* todos os eventuais conflitos do contrato. “Nesse cenário, não por menos, acumulam-se na fase de execução contratual várias demandas, sobremodo no que tange ao reequilíbrio econômico-financeiro e infundáveis alegações e álea administrativa e econômica”.<sup>396</sup>

Em verdade, os efeitos devastadores de tal prática não se restringem apenas para os particulares de uma relação contratual em específico (isto é, de um contrato de empreitada em específico); em verdade, a insegurança acaba tendo um efeito reflexo até mesmo para os investidores que pretendem firmar um contrato de concessão com o Poder Público, porquanto reforça uma sensação crescente de insegurança jurídica no cenário brasileiro. Isto é, a insegurança jurídica *por todo o lugar*, que não se restringe ao seio dos contratos de investimento, mas que também abarca os contratos de desembolso. A quebra dos contratos pela Administração, trata-se, por assim dizer, de uma verdadeira prática arraigada no âmbito do Estado brasileiro. Um determinado agente econômico estrangeiro que pretende realizar aportes no Brasil e explorar certo setor da infraestrutura por meio de um contrato de concessão, ao se deparar com a quebra contratual generalizada no âmbito dos contratos de investimento e de desembolso, perceberá uma realidade nacional demasiadamente frágil e deveras insegura, o que somente prejudicará a concretização dos investimentos estrangeiros no país. Portanto, a quebra contratual e o cenário de insegurança dos contratos de desembolso com efeitos reflexos para os contratos de investimento.

Em razão deste cenário de inadimplemento, deve a Administração indenizar o contratado, por todos os prejuízos causados. A cláusula de penalização do Poder Público por inadimplência encontra fulcro legal no artigo 40, inciso XIV, da Lei nº 8.666/1993, que

---

<sup>396</sup>

NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura..., p. 449.

admite compensações por atrasos nos pagamentos. Isto é, não cumprida a obrigação contratual, responderá a Administração Pública por perdas e danos, mais juros e atualização monetária.<sup>397</sup> O grande problema é que a cobrança destes valores será discutida no Poder Judiciário que, conforme será pontuado no próximo subcapítulo, também é fonte de insegurança jurídica, haja vista sua morosidade e imprevisibilidade de suas decisões. Como dito, empurra-se para o momento *ex post* todos os conflitos contratuais.

Assim, perpetua-se a prática da quebra de contratos pela Administração, propiciando a continuidade de uma lamentável “cultura do calote”, o que afugenta investimentos, inclusive, para setores explorados mediante contratos de concessão.<sup>398</sup> A ausência de instrumentos efetivos postos à disposição do contratado no combate a tal comportamento contribui para a manutenção de uma sensação de onipotência pelo Poder Público. Além do mais, no caso de contratos de longa duração, o risco de um comportamento oportunista por parte do Poder Público aumenta consideravelmente.<sup>399</sup> Isto é, ao lado do problema da quebra contratual, é normal existirem, também, incentivos para alterações significativas na execução contratual sem a realização de uma alteração transparente e prévia do contrato, assim como incentivos para a Administração (contratante ou não) interferir na execução do serviço e na remuneração do contratado.<sup>400</sup> Nesse cenário, Brian Levy e Pablo Spiller lembram que uma condição imprescindível para o investimento de agentes econômicos privados é que a arbitrariedade por parte do governo possa ser coibida.<sup>401</sup> Isto é, a quebra de compromissos contratuais e comportamentos oportunistas e arbitrários por parte do Poder Público afiguram-se como verdadeiros impeditivos para novos investimentos, tendo em vista a insegurança jurídica que tal contexto estimula.

Em matéria de contratos administrativos, o tema da alteração e da rescisão unilateral do pacto apresenta suma importância em relação à segurança jurídica dos parceiros do Poder Público. Mas, como lembra Marçal Justen Filho, a prerrogativa da Administração de alteração unilateral do contrato não pode desnaturar a avença: “o Estado não pode simplesmente ignorar as cláusulas ou descumpri-las como se não existissem. Há uma espécie de organicidade interna ou sistematicidade nos contratos administrativos. Isso significa que a alteração de

---

<sup>397</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. A estabilidade do contrato administrativo à luz da segurança jurídica..., p. 571.

<sup>398</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O *rating* do inadimplemento contratual das Administrações...

<sup>399</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. Impacto sobre o crescimento..., p. 6.

<sup>400</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; MOREIRA, Egon Bockmann. PPP MAIS..., p. 14.

<sup>401</sup> LEVY, Brian; SPILLER, Pablo. Regulation, Institutions, and Commitment in Telecommunications: A Comparative Analysis of Five Country Studies, *Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics 1993*. Washington, D.C.: The World Bank, 1994, p. 216.



certas(s) cláusulas(s) acarreta a modificação necessária de outra(s). Não se modifica unilateralmente o núcleo econômico do contrato administrativo”.<sup>402</sup>

No caso dos contratos de desembolso da Lei nº 8.666, a alteração das cláusulas regulamentares ou dos serviços pode ser efetuada de forma unilateral pela Administração Pública, revendo-se, todavia, o equilíbrio financeiro do contrato quando este for afetado. Por outro lado, qualquer alteração nas cláusulas contratuais que afetem a remuneração do parceiro privado – as chamadas cláusulas econômicas – condiciona-se à prévia anuência do executado, sob pena de ofensa à regra contratual nos termos dos artigos 58 e 65 da Lei nº 8.666/1993.<sup>403</sup> É nesse contexto que Romeu Felipe Bacellar Filho leciona que “ainda que se reconheça a presença das cláusulas exorbitantes, tal circunstância não impede que o regime jurídico dos contratos administrativos ofereça garantias ao particular, por vezes, mais do que o próprio contrato privado, o que pode ser observado com as garantias decorrentes do equilíbrio econômico-financeiro”.<sup>404</sup> Destaque-se, portanto, que o inadimplemento do Poder Público é causa de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, com fulcro no inciso XXI do artigo 37 do texto constitucional.

A Lei nº 8.666/1993 determina a obrigatoriedade da manutenção, nos contratos de desembolso, do denominado preço limpo, requisito originário da proposta e que deve ser preservado ao longo da relação contratual, mesmo no caso de reestabelecimento de sua equação financeira, instituída mediante a via do reajuste, da recomposição e da revisão.<sup>405</sup> O reajuste, por exemplo, é determinado legalmente ou contratualmente, considerando-se circunstâncias previsíveis que poderão levar à alteração dos preços originalmente avençados. É exatamente por isto que o critério do reajuste (isto é, as suas causas e seu índice) deve estar previsto no edital e no instrumento contratual, vinculando as partes que se submetem à avença.<sup>406</sup> Além disso, o reajuste possui periodicidade anual; ultrapassando-se esse período

---

<sup>402</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público...*, p. 170.

<sup>403</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. A estabilidade do contrato administrativo à luz da segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 553.

<sup>404</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo...*, p. 132.

<sup>405</sup> O artigo 40 da Lei nº 8.666/1993 dispõe que: “O edital conterá (...) e indicará, obrigatoriamente, o seguinte (...) XI – critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data da apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela”. Segundo Romeu Felipe Bacellar Filho, “assegura-se a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, evitando-se a invocação da teoria da imprevisão, quando for o caso, pela estipulação no texto da avença de fórmulas de reajuste e correção monetária, de acordo com o art. 55, III, da Lei n. 8.666/93, que afastam ou mitigam os efeitos da álea econômica no contrato. O reajuste visa a garantia prévia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, enquanto a recomposição é uma garantia posterior à quebra do equilíbrio” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo...*, p. 136).

<sup>406</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. A estabilidade do contrato administrativo..., p. 558-559.

ocorre violação ao direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato e ao princípio da segurança jurídica. É nesse sentido que Carlos Pinto Coelho Motta leciona que “a prática administrativa de postergar a incidência do índice de reajuste contratual constitui condicionante ilegal de pagamento unilateralmente imposta pela Administração contratante (...) além de comprometer a segurança jurídica da avença, configurará, certamente, responsabilização pelo prejuízo decorrente”.<sup>407</sup> Tal prática não se restringe aos contratos pactuados com base na Lei nº 8.666/1993, mas também em relação aos contratos de concessão. O exemplo dos contratos de rodovias pactuados no Paraná configura um exemplo emblemático deste cenário de insegurança.

Observe-se, ademais, que o artigo 65, §2º, da Lei nº 8.666/1993 dispõe que: “nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: (...) II – as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes”. Os limites mencionados no referido dispositivo constam no parágrafo primeiro que prescreve que o contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% do valor inicial atualizado do contrato (e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos). André Uryn, ao analisar as aludidas disposições, salienta que o legislador pretendeu impedir, em primeiro lugar, que o valor total da avença fosse elevado de modo a ocasionar ao particular um ganho muito superior ao proposto originariamente pelo Poder Público; e, em segundo lugar, que esse mesmo contratado fosse prejudicado com uma diminuição demasiada de sua performance contratual, com a exceção de um acordo entre as partes. Isto é, a referida disposição da Lei nº 8.666/1993 procura justamente a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, como forma de garantir o direito do parceiro privado. Afirma o autor que o artigo em questão cuida de “cláusula concernente ao volume financeiro da avença, tendo em vista uma relação entre ganhos e dispêndios, que não se relaciona com a alteração do objeto contratado”.<sup>408</sup>

Por outro lado, André Uryn destaca que o Tribunal de Contas da União (TCU) possui um entendimento contrário em relação ao mencionado dispositivo. A Corte de Contas realizou uma conexão entre o limite de modificação financeira da avença e o de alteração do objeto do contrato (este, apesar da mutabilidade do contrato, de fato, não pode ser alterado, como já foi destacado), mormente ao decidir que também as alterações qualitativas, que não têm como

---

<sup>407</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. A estabilidade do contrato administrativo..., p. 565.

<sup>408</sup> URYN, André. Os limites de alteração do contrato de obra pública e o atual entendimento do Tribunal de Contas da União. In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Teoria do Estado Regulador*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 141.

objetivo o aumento da dimensão do contrato, se submetem ao artigo 65, §2º, da Lei nº 8.666/1993. Desse modo, o TCU entendeu que o dispositivo estabeleceu uma espécie de presunção absoluta, no sentido de que o percentual de 25% funcionaria como um marco objetivo, em que o valor maior significaria a desnaturação do objeto contratado.<sup>409</sup> Todavia, tal interpretação não parece ser a mais adequada. De fato, o objeto do contrato não pode ser alterado, sob risco de desnaturar a contratação originária. Mas esse não parece ser o objetivo do dispositivo em comento da Lei de Licitações. É preciso destacar que o valor de 25% não é totalmente determinante para a verificação de alteração do objeto, haja vista que este pode ser modificado com a inclusão ou supressão de item que representa até mesmo um valor inferior ao limite legal.<sup>410</sup> Em verdade, a interpretação do TCU veda a possibilidade de contratado utilizar compensações entre acréscimos e supressões decorrentes de aditivos contratuais, previsão expressamente disposta na Lei nº 8.1666/1993. Como salientado, o objetivo do dispositivo legal é de caráter limitador: porém, não em relação ao objeto contratual, mas sim em relação à equação econômico-financeira da avença. Portanto, a interpretação do TCU trata de um posicionamento que veda uma possibilidade manifestamente legal posta à disposição do contratado, gerando insegurança jurídica aos particulares que contratam com a Administração Pública. André Uryñ salienta que: “a Lei evidentemente permite alterações contratuais, inclusive aquelas de natureza unilateral, mas exige que sejam feitas com cuidado e atenção, de modo a evitar ganhos ou perdas excessivas de parte a parte”.<sup>411</sup> Assim, o

---

<sup>409</sup> URYN, André. Os limites de alteração do contrato de obra pública..., p. 139-141. “Acórdão 125/1999 – Plenário: a) tanto as alterações contratuais quantitativas - que modificam a dimensão do objeto - quanto as unilaterais qualitativas - que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei; b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionabilíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos: I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório; II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado; III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial; IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos; V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes; VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a", supra - que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Acórdão nº 215/1999, Rel. Ministro Adhemar Paladini Ghisi, Plenário, DOU 21/05/1999).

<sup>410</sup> URYN, André. Os limites de alteração do contrato de obra pública..., p. 142.

<sup>411</sup> URYN, André. Os limites de alteração do contrato de obra pública..., p. 143.

legislador, por intermédio do artigo 65, §2º, da Lei nº 8.666/1993, objetivou proteger as partes dos bruscos e demasiados efeitos financeiros que decorrem das diversas alterações contratuais. Verifica-se aqui, portanto, que a insegurança não decorre somente da atuação do Poder Executivo: para além dos Poderes Públicos, os órgãos de controle também despontam como causadores de insegurança jurídica nos setores de infraestrutura.

Portanto, são várias as incertezas que acometem os agentes econômicos privados que contratam com a Administração, seja por intermédio de um contrato de concessão ou de uma parceria público-privada, seja no bojo de um contrato de empreitada decorrente da Lei de Licitações. No caso dos contratos de investimento, o entendimento destes contratos de longa duração como sendo mutáveis e incompletos permite um cenário de previsibilidade maior. No entanto, não é suficiente. O particular ainda correrá o risco de quebra contratual ou possuirá dificuldades em obter o reequilíbrio econômico-financeiro da avença. A existência de um sistema judicial bom e independente irá fazer com que a autoaplicação dos contratos de infraestrutura seja ainda mais efetiva e contribua na garantia de segurança jurídica. A proteção oferecida por instituições como o Poder Judiciário incentiva a cooperação entre as partes.<sup>412</sup> É o que será discutido no subcapítulo referente à insegurança no Poder Judiciário. Antes disso, todavia, passa-se à análise da insegurança das chamadas autorizações regulatórias de longa duração.

### **2.2.2 As autorizações regulatórias de longa duração e o horizonte de insegurança jurídica**

Após a constatação dos contratos administrativos de longa duração como verdadeiros instrumentos de governo, passa-se – antes da exposição atinente à insegurança jurídica das autorizações – a uma breve investigação preliminar a respeito da suposta contratualização das autorizações regulatórias e, mais do que isso, a respeito da sua pretensa configuração também como efetivos *contratos regulatórios* (por consequência, investiga-se a possibilidade de falar de *autorizações de longa duração* como instrumentos de governo).

Por conseguinte, a definição de roupagem contratual das autorizações regulatórias terá importantes consequências na consolidação de segurança jurídica aos agentes econômicos detentores de autorização. Por exemplo, no caso das autorizações portuárias, a Administração

---

<sup>412</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos...*, p. 130. “A cooperação é a probabilidade de ação que o sujeito contratante adotará para cumprir o pacto firmado e que varia conforme seja maior ou menor a possibilidade legal de exigir o seu cumprimento” (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos...*, p. 130-131).

não possui poderes indiscriminados para alterar o conteúdo integral do contrato de adesão (pelo menos, não deveria possuir). Ainda que não se fale em equação económico-financeira no seio das autorizações regulatórias, não é razoável que a Administração possua amplos poderes que possam degenerar a relação contratual.

Nesse contexto, sob um primeiro ponto de vista, as autorizações regulatórias poderiam ser enquadradas numa concepção do Direito Administrativo que toma a figura da relação jurídica como o seu conceito central. Como leciona Vasco Pereira da Silva, as relações jurídicas administrativas podem surgir de formas distintas, seja por meio de ato administrativo, seja mediante um contrato administrativo.<sup>413</sup> Hans J. Wolff, Otto Bachof e Rolf Stober também lecionam neste sentido; para os autores, a problemática das relações jurídicas de Direito Administrativo não se limita à Administração de prestação ou à Administração de garantia, mas compreende todas as relações jurídicas entre pessoas civis e a Administração.<sup>414</sup> Nesse primeiro cenário apresentado, pouco importa se as autorizações configuram um contrato ou uma manifestação unilateral da Administração; o que se tem como indiscutível em tais casos é que ainda assim será configurada uma relação jurídica.

Para Vasco Pereira da Silva, há uma diversidade de formas de atuação da moderna Administração de infraestruturas, que implica em uma correspondente variedade de relações jurídicas administrativas.<sup>415</sup> Ao elencar as vantagens da utilização da relação jurídica como elemento central do Direito Administrativo, o autor salienta que a utilização desta figura revela-se útil, por meio de uma perspectiva técnico-jurídica, pois possibilita uma “chave de leitura” adequada da generalidade dos fenômenos da atual Administração, oferecendo, assim, uma possibilidade de resposta para todos aqueles impasses que a dogmática administrativista tradicional – centrada no conceito de ato administrativo unilateral – não conseguiu solucionar. Como destaca o autor, “a relação jurídica e o acto administrativo não são, pois, conceitos que se excluam reciprocamente, antes coexistem em numerosas situações”.<sup>416</sup>

A partir do empregado da relação jurídica como conceito central do Direito Administrativo, tornar-se-ia irrelevante, então – do ponto de vista da proteção perante o Poder Público –, a caracterização da autorização como um contrato ou um ato administrativo; partindo da ideia de relação jurídica, tem-se que tais situações merecem indiscutivelmente a salvaguarda do ordenamento jurídico pois, independentemente da forma de atuação escolhida pela Administração, existirá, em tais casos, uma relação jurídica administrativa, com

<sup>413</sup> SILVA, Vasco Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, p. 177.

<sup>414</sup> WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf; *Direito Administrativo...*, p. 496.

<sup>415</sup> DA SILVA, Vasco Pereira. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido...*, p. 184.

<sup>416</sup> DA SILVA, Vasco Pereira. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido...*, p. 204.

instituição de direitos e deveres para ambas as partes.<sup>417</sup> Com efeito, a diferença *concreta* entre ato e contrato, evidentemente, subsiste; tratam-se de instrumentos jurídicos diferentes, cada qual com suas peculiaridades; todavia, a noção de relação jurídica administrativa, ao menos do ponto de vista da proteção do particular perante o Poder Público, aproxima os conceitos de ato e contrato. Por consequência, a utilização do referido conceito contribui para uma leitura adequada e equilibrada da relação entre agentes econômicos privados e a Administração; isto é, mediante um conjunto equilibrado entre direitos e deveres entre as partes, seja no bojo de um contrato de concessão, seja por meio de uma autorização.<sup>418</sup>

Por outro lado, ponto de vista diverso (e que parece mais adequado) é o que assume deliberadamente a natureza contratual das autorizações regulatórias. Por um lado, Vera Monteiro, ao analisar a controvérsia, lembra que a Constituição não soluciona definitivamente a questão; por sua vez, a autora defende que se a autorização estiver vinculada à prestação de serviço público, então, deve-se reconhecer a natureza contratual deste instrumento.<sup>419</sup> No caso da exploração privada dos portos não se está diante da prestação de um serviço público, no entanto, trata-se da exploração, por pessoas privadas, de atividades econômicas constitucionalmente destinadas à União Federal.<sup>420</sup> Tratam-se de atividades econômicas que possuem um elevado interesse coletivo a ponto de sofrer os influxos da regulação estatal e serem receptoras de políticas públicas. Dessa forma, a razão parece estar com Alexandre

---

<sup>417</sup> DA SILVA, Vasco Pereira. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido...*, p. 188. Para Vasco Pereira da Silva, “diferentemente da dogmática tradicional, a teoria da relação jurídica permite a compreensão do posicionamento relativo dos diversos sujeitos administrativos, tanto nas situações clássicas em que a Administração actua através de meios unilaterais, como naquelas em que a Administração utiliza formas de actuação consensual ou informal (vide os fenómenos de privatização, contratualização e tecnicização da actividade administrativa) (DA SILVA, Vasco Pereira. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido...*, p. 188). Por sua vez, para Hans J. Wolff, Otto Bachof e Rolf Stober, no âmbito do Direito alemão, “o modo tradicional de observação unidimensional toma demasiado pouco em consideração o facto de o direito administrativo estar orientado para a colaboração e a co-responsabilidade” (WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf; *Direito Administrativo...*, p. 496).

<sup>418</sup> WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf; *Direito Administrativo...*, p. 498. Para Vasco Pereira da Silva, a doutrina da relação jurídica permite uma melhor compreensão dogmática dos fenómenos tradicionais do Direito Administrativo, como, também, “daqueloutros da moderna Administração prestadora e infra-estrutural, que a teoria do acto administrativo é incapaz de explicar” (DA SILVA, Vasco Pereira. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido...*, p. 206).

<sup>419</sup> MONTEIRO, Vera. *Concessão...*, p. 87-89. Na realidade, Vera Monteiro sublinha que “o melhor enfrentamento do problema não está em decidir entre o bom e o mau, mas em aceitar que a concessão, a permissão e autorização são *instrumentos de regulação*, os quais podem assumir múltiplos formatos, conforme a conveniência e as peculiaridades de um dado setor económico e das partes envolvidas”. (MONTEIRO, Vera. *Concessão...*, p. 94). Afinal, “a atribuição de um nome não tem o condão de alterar a substância da norma jurídica ou do contrato firmado” (MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...*, p. 163). É a mesma conclusão alcançada por Juan Alfonso Santamaría Pastor, para o qual “*las diferencias entre autorización y concesión son, hoy, meramente convencionales. El legislador utiliza una u otra técnica según que pretenda aparentar (meramente aparentar) un nivel de intervención menor o mayor en la actividad controlada*” (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. 2. ed. vol. 2. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, p. 271-272).

<sup>420</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Portos brasileiros e seus regimes jurídicos..., p. 47.

Santos de Aragão, que salienta que “se o regime jurídico da atividade indicar os traços da titularidade estatal, o instrumento que legitima a sua prestação por particulares terá necessariamente a natureza contratual”.<sup>421</sup> Afinal, como já foi dito, é totalmente incongruente que atividades que demandem elevadas montas de investimento sejam atreladas a um regime de precariedade (não contratual).<sup>422</sup>

O fato é que o artigo 2º, inciso XII, da Lei dos Portos, define a autorização portuária como a outorga de direito à exploração de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado e formalizada mediante um *contrato de adesão*.<sup>423</sup> Diante de todo esse contexto, como exploradores de infraestrutura que sofrem os influxos da regulação estatal, os agentes econômicos detentores de autorização também estão inseridos nesta parte do trabalho como possuidores de garantias contratuais.<sup>424</sup>

Passa-se, agora, após a revelação de sua natureza contratual, à demonstração das autorizações como receptoras de políticas públicas e sua identificação como verdadeiros contratos regulatórios, na classificação sugerida por Pedro Gonçalves.<sup>425</sup> No caso do setor portuário (Lei nº 12.815/2013), destaque-se que a autorização para explorar determinada instalação portuária terá prazo de vinte e cinco anos de duração, prorrogável por períodos sucessivos desde que atendidas as exigências legais. Entre tais exigências, encontra-se a promoção de novos investimentos para a expansão e modernização das instalações, conforme cronogramas de aportes previstos nas autorizações (previsão disposta no artigo 8º, §2º, inciso

---

<sup>421</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Delegações de serviço público, *Revista Zênite de Direito Administrativo – IDAF*, Curitiba, n. 82, p. 966-967, maio. 2008. Vera Monteiro destaca que “não haveria impedimento para que lei atribuísse à autorização a natureza de contrato administrativo, e não de ato administrativo” (MONTEIRO, Vera. *Concessão...*, p. 88). Por outro lado, Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona em sentido contrário, destacando que a Constituição Federal imprimiu expressamente natureza contratual tão somente à permissão de serviço público, não ocorrendo o mesmo com as autorizações. A mencionada autora destaca que “não há qualquer fundamento constitucional para concluir-se que a Constituição quis mudar a natureza do ato, tornando a Administração Pública obrigada a outorgar a autorização mesmo que a considere contrária ao interesse público, à oportunidade, à conveniência” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública...*, p. 142).

<sup>422</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos...*, p. 314.

<sup>423</sup> Como lembra Egon Bockmann Moreira, a autorização “a depender do caso concreto, ou terá a natureza de *ato administrativo contratual* ou de *contrato administrativo de adesão*” (MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...*, p. 70).

<sup>424</sup> Egon Bockmann Moreira, em relação às autorizações portuárias, destaca que como “modalidades contratuais *sui generis* que são, as autorizações de instalações portuárias receberam equivalente configuração extraordinária por parte da Lei nº 12.815/2013. Não são nem meras autorizações liberatórias, que deixam o autorizado livre e solto para implementar a atividade do modo que melhor lhe aprouver, nem são equivalentes aos contratos administrativos de concessão, permissão e arrendamento. São as autorizações decorrentes da Lei nº 12.815/2013 – e assim precisam ser compreendidas” (MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos...*, p. 70).

<sup>425</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante...*, 127.

II, Lei nº 12.815/2013).<sup>426</sup> Com efeito, o artigo 3º da Lei dos Portos é explícito ao afirmar que o principal objetivo da novel legislação consiste no aumento da competitividade e do desenvolvimento nacional por intermédio da exploração dos portos, mormente as instalações portuárias privadas, exploradas mediante o regime de autorização.<sup>427</sup> O referido dispositivo, em seus incisos, elenca diversas diretrizes do marco regulatório, que concretizam as políticas públicas no setor, como, por exemplo, a “expansão, modernização e otimização da infraestrutura e da superestrutura que integram os portos organizados e instalações portuárias”. Além disso, ao exigir novos investimentos e modernização das instalações portuárias para prorrogação das autorizações, a Lei concretiza tais objetivos no setor.<sup>428</sup>

Ademais, embora não contemplada expressamente no marco regulatório de 2013, existe uma espécie de autorização de terminal de uso privativo denominada “porto-indústria”. A espécie é destinada ao atendimento de contrato com a Petrobras, vale dizer, à aquisição de bens e serviços destinados à exploração de petróleo e gás natural na camada “pré-sal”. A espécie já existia no diploma legal anterior e surgiu com a necessidade do agente econômico de reduzir seus custos com o transporte de cargas, movimentando diretamente as mercadorias necessárias ao desempenho de sua atividade. O “porto-indústria” recebeu previsão expressa na Medida Provisória nº 595, contudo, na Lei nº 12.815/2013 teve o seu texto vetado. Nas razões ao veto, consta a justificativa de que o conceito não se afigurava apropriado, porquanto fazia ressurgir a discussão entre movimentação de carga própria e de terceiro (que foi abolida pelo marco regulatório de 2013). Apesar do veto ao texto exposto, o “terminal-indústria” continua sendo admitido pela legislação portuária; somente abandonou-se uma definição legal própria para esta espécie de empreendimento. E os contratos firmados com a Petrobras, apesar de sujeitos a um regime jurídico de Direito Privado Administrativo, gravitam sob a órbita da Política Energética Nacional, assegurando o fornecimento de derivados de petróleo, para

---

<sup>426</sup> “Art. 8º (...) §2º A autorização de instalação portuária terá prazo de até 25 (vinte e cinco) anos, prorrogável por períodos sucessivos, desde que: (...) II - o autorizatário promova os investimentos necessários para a expansão e modernização das instalações portuárias, na forma do regulamento”.

<sup>427</sup> “Art. 3º. A exploração dos portos organizados e instalações portuárias, com o objetivo de aumentar a competitividade e o desenvolvimento do País, deve seguir as seguintes diretrizes: I - expansão, modernização e otimização da infraestrutura e da superestrutura que integram os portos organizados e instalações portuárias; II - garantia da modicidade e da publicidade das tarifas e preços praticados no setor, da qualidade da atividade prestada e da efetividade dos direitos dos usuários; III - estímulo à modernização e ao aprimoramento da gestão dos portos organizados e instalações portuárias, à valorização e à qualificação da mão de obra portuária e à eficiência das atividades prestadas; IV - promoção da segurança da navegação na entrada e na saída das embarcações dos portos; e V - estímulo à concorrência, incentivando a participação do setor privado e assegurando o amplo acesso aos portos organizados, instalações e atividades portuárias”.

<sup>428</sup> Para Fernando Menegat, “ocupam as autorizações regulatórias, destarte, papel de destaque enquanto instrumentos de implementação de políticas econômicas pró-concorrenciais, inserindo os privados na prestação de atividades de relevância econômica e de elevado interesse social – a ponto de qualificarem-se como infraestruturais” (MENEGAT, Fernando. *Autorizações administrativas regulatórias...*, p. 338).



exportação e consumo interno. Trata-se de serviço de relevância nacional, destinado a assegurar a obtenção de recursos energéticos.<sup>429</sup> Indiscutível, portanto, que, por intermédio das denominadas autorizações regulatórias, o Estado implementa políticas públicas, ainda que não se trate da execução de um serviço público.

No caso do setor de telecomunicações, esse objetivo também é muito claro. Como lembra Alexandre Ditzel Faraco, a positivação do princípio da universalização, como fundamento do setor, juntamente com o princípio da concorrência, configuram instrumentos que o legislador encontrou para buscar o pleno desenvolvimento do setor de telecomunicações. Para o autor, “a universalização traduz o reconhecimento de que o acesso universal (i.e., de todos os cidadãos) a determinados tipos de serviços de telecomunicações é fundamental para uma vida digna numa sociedade complexa como a contemporânea, colocando-se como meta de política pública”.<sup>430</sup>

Está-se, portanto, diante de um efetivo contrato regulatório, à semelhança (mas não idêntico) dos contratos de concessão, por meio do qual o Estado efetivamente regula a economia e institui políticas públicas, *também por autorização*, ainda que não se trate da execução de um serviço público. Semelhante, mas não idêntico, já que no seio das autorizações, por exemplo, é inadequado falar em direito à manutenção da equação econômico-financeira, como lembra André Luiz Freire.<sup>431</sup> Desse modo, as autorizações regulatórias adéquam-se perfeitamente ao conceito de Pedro Gonçalves de regulação *por contrato* (constituindo, portanto, um verdadeiro contrato regulatório *explícito*), em oposição ao entendimento do contrato regulatório *implícito*.<sup>432</sup> É dizer, por intermédio de um efetivo

---

<sup>429</sup> AMORIM, Luís Felipe Carrari. *Terminal porto-indústria, exploração do pré-sal e a transição no regime de autorizações*. Disponível em: <<http://miller.adv.br/artigos/terminal-porto-industria-exploracao-do-pre-sal-e-a-transicao-no-regime-de-autorizacoes/>>. Acesso em: 2 jun. 2016.

<sup>430</sup> FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação das Telecomunicações...*, p. 57.

<sup>431</sup> Todavia, André Luiz Freire fala em “autorização de serviço público”, adotando posicionamento semelhante à de Maria Sylvia Zanella di Pietro, e distanciando-se de autores como Egon Bockmann Moreira, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas. André Luiz Freire salienta que: “o autorizatário também possui o direito de obter remuneração pela exploração do serviço. Ressalte-se que, aqui, o autorizatário não possui um direito à remuneração, pois é possível que ninguém queira utilizar o serviço público por ele ofertado, mas, sim, por outro autorizatário. E, ainda que se verifique uma álea extraordinária durante a execução do serviço, ele não terá sequer o direito à manutenção da equação econômico-financeira, pois esta não existe na autorização de serviço público. Mas, sem dúvida, ele possui o direito de explorar a atividade e cobrar por ela” (FREIRE, André Luiz. *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 400). Por outro lado, como se observa, o referido autor defende uma leitura tradicional do instituto da autorização; porém, como visto no primeiro capítulo deste trabalho, as novas autorizações regulatórias configuram uma terceira via das atividades imputadas ao Poder Público, com submissão ao regime jurídico de Direito Privado Administrativo. Em tais autorizações não é possível falar em equação econômico-financeira simplesmente pelo fato de inexistir uma relação econômico-financeira entre autorizado e Poder Público.

<sup>432</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante...*, p. 123-124.

instrumento de regulação de determinado setor econômico (em regime de exploração mediante aplicação do Direito Privado Administrativo), o Estado institui políticas públicas, especialmente relacionadas ao incremento da infraestrutura pátria. Como defende o mencionado autor, remanesce, pois, um “dever estadual de garantia” que, em suma, configura um verdadeiro “dever público de proteção dos direitos fundamentais”. Há um dever público de “gerir as consequências da privatização”.<sup>433</sup> Nesse contexto, Pedro Gonçalves menciona que “os actores privados viram-se investidos de um papel decisivo (executivo) na concretização de interesses, na produção de bens e na realização de finalidades e objectivos que o Estado tem o dever constitucional de garantir”.<sup>434</sup>

Além de configurar um efetivo contrato regulatório, explicitou-se que, no caso do setor portuário, a autorização para explorar uma instalação portuária terá prazo de vinte e cinco anos de duração, prorrogável por períodos sucessivos. Assim, do mesmo modo que os longos contratos de parcerias público-privadas, que podem durar até trinta e cinco anos, as autorizações, como contratos regulatórios que são, também se revestem do elemento da longa duração. É possível falar, pois, em *autorizações regulatórias de longa duração*.

Com efeito, a roupagem contratual das autorizações regulatórias contribui na consolidação de segurança jurídica aos agentes econômicos, possibilitando uma *proteção reforçada* para sua situação jurídica. Todavia, não configura uma condição suficiente, porquanto, conforme visto em relação aos contratos administrativos, é usual a Administração não honrar seus compromissos contratuais. Além disso, os agentes econômicos detentores de

---

<sup>433</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Entidades privadas com poderes públicos...*, p. 160. Para Pedro Gonçalves, “a privatização material estendeu-se pois para zonas claramente abrangidas por um ‘dever estadual de garantia’: com esta fórmula, pretende-se representar o dever ou a incumbência constitucionalmente imposta ao Estado de ‘garantir’ ou ‘assegurar’ a realização de certos fins (v.g., defesa dos direitos dos cidadãos, promoção do bem-estar, segurança, fornecimento de serviços essenciais)” (GONÇALVES, Pedro Costa. *Entidades privadas com poderes públicos...*, p. 159). Nesse mesmo sentido, a respeito do chamado “dever de garantia”, Schmidt-Assmann, em relação a alguns assuntos da reforma do Direito Administrativo, destaca a mudança de um “*Derecho Administrativo de la prestación*” a um “*Derecho Administrativo de la garantía de la prestación*”. Em relação ao tema, o autor salienta que “*son numerosas y de muy variado tipo las actividades que se prestan en este régimen, caracterizado, como se ha insistido, por el hecho de que la Administración garantiza el resultado final (una prestación adecuada, a un precio razonable, etc.). Representa un fenómeno tan relevante que puede afirmarse que se trata de una nueva clase de Administración pública, con señas de identidad propias. Podría decirse, por tanto, que además de las formas de Administración mas tradiciones, como las denominadas <Administración prestacional> y <Administración ordenadora>, há surgido una nueva classe, la Administración garantizadora de la prestación*” (SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo...*, p. 106-107).

<sup>434</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Entidades privadas com poderes públicos...*, p. 160-161. O autor menciona ainda que “(...) é inquestionável que os actores privados desenvolvem acções marcadas pelo objetivo primordial ou até exclusivo da satisfação de interesses dessa natureza. Tais acções, embora privadas, têm a nota da ‘publicidade’ e apresentam-se, também elas, como acções de interesse público. São as tarefas privadas de interesse público, que se contrapõem às tarefas de interesse privado (...). O interesse público não constitui, portanto, um monopólio do Estado ou da Administração Pública” (GONÇALVES, Pedro Costa. *Entidades privadas com poderes públicos...*, p. 144).

uma autorização estão sujeitos à insegurança gerada por alterações legislativas bruscas e à incerteza propiciada pela competência normativa regulatória das agências, por exemplo. Mas, ainda que não se enquadrem como contratos de concessão, a instituição de políticas públicas por meio de autorizações regulatórias de longa duração não pode onerar os agentes econômicos envolvidos e submetê-los a um estado de insegurança jurídica; significa dizer que os agentes econômicos que integram uma autorização devem possuir um estado de segurança jurídica, especialmente diante do caráter contratual que as autorizações regulatórias possuem.

Mas não é o que se verifica na realidade brasileira. Isto é, a justificativa da instituição de políticas públicas via autorização acaba, em determinados casos, onerando os agentes econômicos privados envolvidos na exploração da infraestrutura. Algumas amostras extraídas da Lei nº 12.815/2013 confirmam este cenário de insegurança dos detentores de autorizações portuárias. Por exemplo: como requisito para prorrogação da autorização, explicitou-se anteriormente que a Lei nº 12.815/2013 exige a promoção de novos investimentos para a expansão das instalações portuárias. Tal exigência legal, aliás, configura um claro exemplo de implementação de escolha pública, com destaque para a promoção do desenvolvimento nacional. Porém, a exigência acaba por instaurar um verdadeiro horizonte de insegurança para o particular: a prorrogação da autorização deve ser analisada com cautela e equilibrada com os objetivos empresariais e condições econômicas do sujeito econômico, tendo em vista que a própria lei prevê que a exploração da instalação portuária é realizada por conta e risco do particular. Demais disso, deve-se considerar, quando da elaboração dos planos de investimentos, que existem entraves administrativos e limites legais à ampliação da área explorada e da capacidade de movimentação e armazenagem da instalação portuária.<sup>435</sup> Sendo assim, o agente econômico que explora o serviço portuário fica preso e limitado a situações que fogem totalmente de seu controle, em que pese possua o domínio da área e a atividade seja explorada sob o regime de Direito Privado Administrativo.

Outra cláusula contratual que traz insegurança para o agente econômico consiste na que lhe incumbe, de forma totalmente exclusiva, a responsabilidade pelos prejuízos causados à União ou a terceiros, sem que a fiscalização da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) exclua ou atenuie esta responsabilização. Trata-se de uma previsão muito questionável, mormente se se considerar a grande ingerência que geralmente é concedida ao Poder Público no decorrer da execução do contrato. Com efeito, é de se ressaltar

---

<sup>435</sup> MACEDO, Ana Paola Ghizoni de; SANTOS, Gabriel Pivatto dos. Questões contratuais envolvendo a exploração da atividade portuária através da concessão de área de porto organizado e da autorização para a instalação de terminal de uso privado. *Cadernos Jurídicos - OAB Paraná*. Disponível em: <<http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2016/04/126.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2015, p. 4.

que o aspecto genérico dos termos contratuais das autorizações portuárias atribui um elevado espaço de atuação ao poder discricionário da Administração, o que só acarreta insegurança jurídica para os agentes econômicos privados que atuam neste setor.<sup>436</sup>

Leonardo Coelho Ribeiro lembra ainda as exigências de garantias como fatores que geram insegurança e ineficiência no setor portuário. Para o autor, as exigências de garantia de proposta e garantia de execução do contrato configuram requisitos impertinentes e ineficientes para o setor dos portos (pelo menos no caso das autorizações portuárias).<sup>437</sup> Segundo o artigo 8º, §3º, da Lei dos Portos, a ANTAQ adotará as medidas para assegurar o cumprimento dos cronogramas de investimentos previstos nas autorizações e poderá exigir garantias ou aplicar sanções, inclusive a excessiva sanção de cassação da autorização. Em relação à garantia de proposta, por exemplo, o autor destaca que mesmo no contexto da Lei nº 8.666/1993 ela é severamente criticada, tendo em vista o risco de restrição à competitividade que pode gerar em certames licitatórios. A utilização do instrumento no marco regulatório dos portos, por sua vez, apenas evidencia a sua absoluta incompatibilidade, porquanto não serve, de nenhum modo, a assegurar o cumprimento dos cronogramas de investimentos previstos nas autorizações. Apenas cria uma burocracia desnecessária que, por sua vez, possibilita um cenário de ineficiência no setor.<sup>438</sup>

Estas prerrogativas da agência apenas reforçam um desnecessário poder discricionário frente aos agentes que atuam no setor portuário, aproximando-se das características que marcavam as “empoeiradas” autorizações do poder de polícia (como um ato administrativo discricionário, unilateral e precário), especialmente diante da sanção excessiva de cassação da autorização, que não condiz com uma leitura contratual das autorizações regulatórias. Em verdade, a cassação das autorizações pode configurar um verdadeiro ato arbitrário por parte das agências, gerando um problema de confiabilidade, ofensivo ao princípio da segurança jurídica.

Também é possível constatar uma possível situação de insegurança que decorre de uma intervenção regulatória indevida à propriedade por meio da limitação à expansão territorial de Terminal de Uso Privado (prevista no artigo 35, parágrafo único, inciso II, do Decreto nº 8.033/2013).<sup>439</sup> O referido dispositivo prevê que a ampliação da área de instalação

---

<sup>436</sup> MACEDO, Ana Paola Ghizoni de; SANTOS, Gabriel Pivatto dos. Questões contratuais envolvendo a exploração da atividade portuária..., p. 4.

<sup>437</sup> RIBEIRO, Leonardo Coelho. O novo marco regulatório dos portos..., 127-128.

<sup>438</sup> RIBEIRO, Leonardo Coelho. O novo marco regulatório dos portos..., p. 130-131.

<sup>439</sup> Decreto nº 8.033/2013. “Art. 35. Não dependerão da celebração de novo contrato de adesão, bastando a aprovação pelo poder concedente: (...) Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no *caput*, o poder concedente poderá, conforme disciplinado em ato do Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Portos da Presidência da

portuária, localizada fora da área de porto organizado, será limitada em vinte cinco por cento da área original; caso exceda esse limite, a ampliação dependerá de celebração de novo contrato de adesão. Constatase aqui, portanto, uma medida de controle sobre a atividade e a propriedade privada (que, lembre-se, não configura a prestação de um serviço público), o que somente prejudica as possibilidades de investimento no setor.<sup>440</sup> Tal hipótese enquadra-se no que Rafael Vêras de Freitas denomina de “expropriações normativas”, isto é, casos de expropriação dos direitos de propriedade dos agentes econômicos privados por atos normativos da Administração.<sup>441</sup> Cumpre repisar que neste caso a insegurança deriva de uma disposição normativa que, contudo, gera insegurança ao longo da execução contratual, o que somente evidencia o fato de os problemas de insegurança em matéria de infraestrutura estarem todos interligados.

Armando Castelar Pinheiro também dá destaque ao risco de expropriação de direitos de propriedade pelo Poder Público em avenças contratuais firmadas com particulares. Segundo o autor, o risco de expropriação é derivado do fato de que a Administração possui incentivos para agir oportunamente. Mas o que torna a situação do Estado peculiar é que ele possui o monopólio da coerção legal, o que aumenta consideravelmente o seu grau de liberdade para alterar unilateralmente os termos do contrato ou mesmo não os honrar. Como destaca o autor, “consequentemente, embora os contratos possam especificar cláusulas destinadas a limitar o oportunismo do governo, as transações com o setor público se veem particularmente dependentes da proteção assegurada por um Judiciário independente, que garante o respeito a essas cláusulas”.<sup>442</sup> Brian Levy e Pablo Spiller inferem que os países que tiveram instrumentos regulatórios que limitaram com sucesso o poder dos reguladores dispuseram de sistemas judiciais independentes e bem-conceituados.<sup>443</sup>

Portanto, e como será detalhado na sequência, um bom sistema judicial é essencial para assegurar o devido cumprimento dos contratos, haja vista a natural tendência da

---

República, dispensar a emissão de nova autorização nas hipóteses de: (...) II – a ampliação da área de instalação portuária, localizada fora do porto organizado, que não exceda a vinte e cinco por cento da área original, desde que haja viabilidade locacional”.

<sup>440</sup> RIBEIRO, Leonardo Coelho. O novo marco regulatório dos portos..., p. 134-136. Para o referido autor, “mantidas as disposições como estão, aliás, parece que a regra se volta a favorecer justo o oposto do que seria um choque de oferta: retenção de oferta, como se estivéssemos em um cenário de abundância extrema de serviços portuários, que demandasse ordenação e controle estatal estrito para impedir que o mercado se tornasse disfuncional como um todo” (RIBEIRO, Leonardo Coelho. O novo marco regulatório dos portos..., p. 136).

<sup>441</sup> FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações normativas...*, p. 17.

<sup>442</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual. In: PINHEIRO, Armando Castelar (Org.). *Judiciário e Economia no Brasil*. Centro Edelstein de Pesquisas Sociais: Rio de Janeiro, 2009, p. 24.

<sup>443</sup> LEVY, Brian; PABLO T. SPILLER. Regulation, Institutions, and Commitment in Telecommunications..., p. 233.

Administração em quebrá-los; demais disso, um bom sistema judicial também se revela imprescindível para o controle da competência normativa regulatória das agências. Passa-se, portanto, à apresentação da insegurança jurídica no âmbito do Poder Judiciário em matéria de infraestrutura.

## 2.3 A insegurança jurídica no Poder Judiciário

Mesmo que o arcabouço normativo e os contratos firmados sejam escritos de forma transparente, na prática sempre ocorrerão litígios judiciais envolvendo temas de infraestrutura, haja vista que é comum que ocorra contingências que não estão previstas nas leis ou nos instrumentos contratuais, o que é recorrente em contratos de longa duração.<sup>444</sup> Assim, embora a segurança seja devidamente assegurada pelos Poderes Legislativo e Executivo (em um cenário hipotético), o Poder Judiciário ainda pode surgir como um protagonista em matéria de insegurança, tendo em vista que é impossível realizar a previsão de todas as nuances de uma relação contratual, especialmente em contratos de longo prazo em que as diversas circunstâncias deverão ser resolvidas *ex post*.

Por outro lado, a insegurança que decorre dos Poderes Legislativo e Executivo inevitavelmente transferirá o debate da controvérsia para o Poder Judiciário, em um nível ainda maior, pois será agravada pelos problemas do sistema judicial, que são diversos. Como destacado, alterações legislativas bruscas e excessivas ocasionam uma verdadeira “enxurrada” de ações judiciais. Além disso, quebras de contratos também elevam demasiadamente o número de ações judiciais. O Poder Judiciário executa o papel institucional de garantidor final dos contratos regulatórios, possuindo um papel imprescindível, portanto, para gerar segurança e previsibilidade.<sup>445</sup> Mas, lamentavelmente, não é o que ocorre na prática nacional. Em verdade, a maioria das empresas tomam precauções variadas contra clientes que não pagam, fornecedores não confiáveis e quebra de contratos com o objetivo de evitar o recurso aos tribunais. O problema é que no caso de pactos firmados com o Poder Público a escolha do parceiro contratual inexistente, o que acaba inevitavelmente levando a discussão para os tribunais.<sup>446</sup> Com efeito, a consequência de tudo isso é um cenário de insegurança oriundo do Legislativo e do Executivo, prejudicando ainda mais a função judicial.

---

<sup>444</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. Impacto sobre o crescimento..., p. 6.

<sup>445</sup> MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Análise econômica do controle judicial dos contratos de concessão..., p. 86.

<sup>446</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual..., p. 66.

Como destacam Felipe Tadeu Ribeiro Morettini e Oksandro Osdival Gonçalves, “um bom sistema judicial influi de forma substancial na economia, tanto por gerar previsibilidade para as decisões econômicas, diminuindo custos de transação *ex post*, quanto para definir as regras do jogo e os mecanismos pelo quais elas são garantidas”.<sup>447</sup> Assim, um sistema judicial eficiente configura uma condição essencial para garantir o desenvolvimento e possibilitar investimentos de agentes econômicos em setores de infraestrutura. Armando Castelar Pinheiro considera três aspectos para evidenciar como o funcionamento do Poder Judiciário influencia a expansão da capacidade de produção da economia: o progresso tecnológico, o investimento e a eficiência. Vale dizer, um sistema judicial de baixa qualidade prejudica os três fatores considerados e, conseqüentemente, afeta o desenvolvimento de determinado país. Após realização de uma pesquisa empírica sobre o mau funcionamento do Poder Judiciário no Brasil – por meio de pesquisa conduzida juntamente a empresários sobre como avaliavam os impactos do sistema judicial sobre a produção, o investimento e o emprego –,<sup>448</sup> o mencionado autor colheu alguns importantes resultados a respeito da relação entre os tribunais e o seu impacto para a economia.<sup>449</sup> Um dos mais significativos foi a importância de um bom sistema judicial para o aumento de investimentos privados. Segundo Castelar Pinheiro, “observou-se que se a inflação retornar e o governo tentar manter constantes as tarifas, as regras acordadas no contrato de concessão poderiam não ser aplicadas pelos tribunais. Há o receio de que o Judiciário venha a se alinhar com as autoridades reguladoras para favorecer a parte ‘mais fraca’, nesse caso os consumidores dos serviços públicos”.<sup>450</sup>

---

<sup>447</sup> MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Análise econômica do controle judicial dos contratos de concessão..., p. 81.

<sup>448</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual..., p. 4. O autor explicita a metodologia utilizada em sua pesquisa: “a metodologia que utilizamos para mensurar o quanto o mau funcionamento da justiça prejudica o desempenho econômico focalizou o seu impacto sobre a atividade empresarial. Por essa razão, nossas duas pesquisas de campo focaram a visão dos empresários sobre esse tema e a maneira pela qual o judiciário afeta o processo de decisão gerencial” (PINHEIRO, Armando Castelar. Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual..., p. 115).

<sup>449</sup> Um importante resultado coletado da pesquisa realizada pelo referido autor indica que haveria um crescimento de aproximadamente 13,7% no volume de investimentos caso ocorresse uma melhoria de desempenho do Poder Judiciário brasileiro. Ademais, a produção, medida como o volume de negócios realizado, seria a variável afetada que cresceria de forma mais significativa: 18,5%. Segundo a pesquisa, empresas em todos os setores da economia indicaram que estariam inclinadas a aumentar a produção caso a qualidade do sistema judicial melhorasse (PINHEIRO, Armando Castelar. Impacto sobre o crescimento..., p. 71).

<sup>450</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. Impacto sobre o crescimento..., p. 60. Além disso, outro impacto sobre o mau desempenho do sistema judicial consiste na decisão de negociar ou não com o setor público. A pergunta formulada por Castelar Pinheiro aos empresários foi a seguinte: se alguma vez os custos ou a falta de confiança na agilidade ou na imparcialidade do sistema judicial foram o principal fator que levou a empresa a não realizar ou realizar poucos negócios com empresas estatais ou com a Administração Pública. O resultado da pesquisa mostra como o desempenho do Judiciário afeta tal decisão por parte dos investidores: 48,2% responderam que sim, enquanto 34,9% responderam que não (16,9% responderam que não possuem opinião em relação ao assunto) (PINHEIRO, Armando Castelar. Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual..., p. 68-69). Ainda, os resultados evidenciam que uma melhora do Judiciário brasileiro encorajaria as empresas

Tal constatação colhida pelo autor é de suma relevância para o presente estudo, na medida em que contratos de longa duração são usuais nos mais diversos setores de infraestrutura. Dessa forma, a importância de um bom Poder Judiciário é indiscutível para o bom funcionamento da economia, afinal, os problemas gerados pelo sistema judicial podem resultar num dos piores cenários em relação à insegurança jurídica.

Com efeito, a ausência de segurança jurídica no Poder Judiciário (especialmente decorrente da morosidade dos tribunais nacionais e da imprevisibilidade das decisões judiciais) configura um dos grandes entraves ao desenvolvimento socioeconômico do país.<sup>451</sup> É justamente a partir destes dois grandes problemas que será realizada a exposição do cenário de insegurança no Poder Judiciário brasileiro, quais sejam, a morosidade e a imprevisibilidade das decisões judiciais.

### **2.3.1 A morosidade do Poder Judiciário**

A morosidade é encarada como um dos principais problemas do Poder Judiciário nacional, ofensiva ao ideal de calculabilidade integrante do conteúdo do princípio da segurança jurídica. Se o agente econômico não consegue planejar livre e autonomamente o futuro dos seus empreendimentos mediante o conhecimento antecipado das consequências e do tempo dentro do qual estas serão definitivamente definidas, então a calculabilidade de suas ações e a segurança jurídica estarão seriamente comprometidas.<sup>452</sup>

Humberto Ávila, em relação à exigência de calculabilidade do Direito, leciona que ela não é satisfeita tão somente quando o indivíduo possui a capacidade de antecipar e de calcular o espectro reduzido de consequências atribuíveis abstratamente a atos ou a fatos; ela depende também de um lapso de tempo não muito extenso dentro do qual a consequência definitiva será aplicada. O transcurso demasiado de tempo entre a previsão de determinada conduta e a sua posterior confirmação transforma a possibilidade de calcular efeitos futuros na certeza de nunca os definir. Portanto, a indefinição em relação às consequências definitivas não pode durar um período tão elevado a ponto de se tornar, a própria indefinição, causa para a inércia.<sup>453</sup> Isto é, se o indivíduo discute no Poder Judiciário qual das alternativas interpretativas da decisão configura a resposta correta e o processo por meio do qual ela será

---

privadas a desenvolverem mais negócios com o Poder Público (13,7% mais, em média) (PINHEIRO, Armando Castelar. Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual..., p. 72).

<sup>451</sup> DELGADO, José Augusto. *A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 4 ago. 2016, p. 3.

<sup>452</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 639.

<sup>453</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 637-638.



definida não possui prazo para finalizar ou se prolonga por um período muito extenso, o cidadão também não consegue planejar sua conduta com segurança, em razão da perpetuação do estado de indefinição.<sup>454</sup>

Uma das consequências mais graves da morosidade dos tribunais é que ela leva os agentes públicos a se comportarem oportunamente, dando vazão a processos que têm diminutas chances de vitória, prejudicando as partes que tiveram os seus direitos feridos.<sup>455</sup> Tal cenário gera uma “sobreutilização do Poder Judiciário”, termo utilizado por Ivo Teixeira Gico Junior.<sup>456</sup> As partes que se beneficiam deste problema, em sua grande maioria oriundas do Poder Público, postergam seus conflitos *ad eternum* e, assim, o problema acaba por piorar gradativamente. Tudo acaba por virar um desastroso ciclo eterno; uma perfeita representação do conhecido mito de Sísifo.<sup>457</sup>

Armando Castelar Pinheiro demonstra que um sistema judicial que funcione de forma adequada deve possuir as seguintes propriedades: um baixo custo de acesso e decisões justas, previsíveis e rápidas, em termos de conteúdo e de prazo; além disso, deve possuir a capacidade de fazer com que as suas decisões sejam devidamente cumpridas.<sup>458</sup> Nesse contexto, após a realização de sua pesquisa empírica, o autor conclui que a morosidade ainda é tida como o principal defeito do Poder Judiciário nacional.<sup>459</sup> É nesse cenário que o autor expõe um velho chavão conhecido entre os empresários nacionais: “é preferível uma má negociação do que um bom processo. Este significa muito tempo e dinheiro”. Segundo a pesquisa do autor, essa é a opinião de nove entre dez empresários.<sup>460</sup>

---

<sup>454</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 638.

<sup>455</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual..., p. 115.

<sup>456</sup> GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *A tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário*. Brasília, 2012. 146f. Tese (Doutorado em Economia). Departamento de Economia, Universidade de Brasília, p. 123. O cenário de insegurança também é observado por Felipe Tadeu Ribeiro Morettini e Oksandro Osdival Gonçalves, que salientam que “isso pode constituir um mecanismo por meio do qual detentores legítimos de direitos são afastados do Judiciário, enquanto os agentes ilegítimos são levados a litigar justamente por causa desta morosidade para postergar o adimplemento de suas obrigações” (MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro; GONÇALVES, Oksandro Osdival. *Análise econômica do controle judicial dos contratos de concessão...*, p. 82).

<sup>457</sup> “Esse mito só é trágico porque seu herói é consciente. O que seria a sua pena se a esperança de triunfar o sustentasse a cada passo? O operário de hoje trabalha todos os dias de sua vida nas mesmas tarefas, e esse destino não é menos absurdo. Mas só é trágico nos raros momentos em que se torna consciente. Sísifo, proletário dos deuses, impotente e revoltado, conhece toda a extensão de sua miserável condição: pensa nela durante a descida. A clarividência que deveria ser o seu tormento consuma, ao mesmo tempo, sua vitória. Não há destino que não possa ser superado com o desprezo” (CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 139). O mesmo ocorre no caso da morosidade judicial. Todos atores do processo civil possuem plena consciência da miserável condição que assola o Poder Judiciário pátrio e, no entanto, aparentemente nada é feito para corrigir o problema. Ao contrário: como dito, os problemas apenas postergam-se gradativamente.

<sup>458</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual..., p. 7-14.

<sup>459</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual..., p. 58.

<sup>460</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. PIB Potencial e segurança jurídica no Brasil..., p. 85. A opinião de um advogado e diretor de empresa, a respeito do Judiciário brasileiro, coletada pelo referido autor é emblemática e

Célia da Costa Cabral, autora de trabalho que investigou os impactos da Justiça sobre as empresas portuguesas, expõe a demasiada morosidade dos processos em Portugal, que acaba por desacreditar o sistema judicial como mediador dos conflitos inerentes à atuação dos agentes económicos privados.<sup>461</sup> O estudo da autora demonstra que os efeitos da morosidade são bem conhecidos: direitos e garantias dos cidadãos deixam de ser plenamente assegurados pelo Poder Público, dado que muitas partes são compelidas a aceitar acordos menos justos do que seria a decisão final de um processo. A consequência evidentemente é desastrosa: um panorama de intensa insegurança jurídica. Os agentes económicos são diretamente afetados pela lentidão do Poder Judiciário e se vêm compelidos a alterar os seus comportamentos. O resultado reside na distorção das decisões dos agentes económicos privados, que inevitavelmente irão reduzir os níveis de investimento, evitar determinadas áreas de negócio e, conseqüentemente, cobrar preços mais altos. Assim, criam-se dificuldades ao crescimento do investimento e restringe-se a competitividade internacional das empresas. Além disso, o próprio crescimento e o desenvolvimento socioeconómico do país podem ser postos em causa.<sup>462</sup>

No caso de cobrança de valores não pagos pelo Estado, os contratados necessitam ajuizar ações judiciais que demandam um excessivo período, em que correm correção monetária e juros. Somando tudo o que é devido pela Administração, no final das contas o montante torna-se praticamente impagável e gera, por consequência, um prejuízo enorme para o próprio Poder Público. A atuação da Administração em tais casos é uma espécie de *ouroboros*. A serpente come o próprio rabo e não se dá conta do grave estrago. Não pagar em dia e deixar os processos completamente abandonados no Poder Judiciário somente agrava o problema. As ações de cobrança e de execução, em vez de configurarem instrumentos hábeis

---

sintética: “ele está totalmente divorciado da realidade atual, especialmente no que diz respeito à atividade económica e à dinâmica em que atuam os seus agentes. Não é só a inaceitável morosidade, o excesso de formalismo, o descompasso de seu aparelhamento, um código de processo desatualizado e tantas outras falhas, mas o que ocorre de mais grave é uma distorção que nos parece cultural. Trata-se de um problema de mentalidade que envolve nossos juizados e tribunais, completamente distanciados da realidade em que se desenvolve nossa atividade económica e na qual temos que competir arduamente para sobreviver. As dificuldades, quando se necessita de uma decisão rápida sobre um assunto bastante especializado, quer de natureza industrial, comercial ou mesmo tributária, são intransponíveis e fatalmente a justiça não será realizada. Embora a maioria desses problemas não seja exclusividade do judiciário brasileiro, em poucos países eles se apresentam de forma tão acentuada. Não é por outra razão que na generalidade dos países se tem adotado os tribunais arbitrais como o foro adequado para solução de controvérsias, como resultados práticos muito mais eficientes – e até mais justos – do que no judiciário comum” (PINHEIRO, Armando Castelar. PIB Potencial e segurança jurídica no Brasil..., p. 92).

<sup>461</sup> CABRAL, Célia da Costa. *A Justiça e seu impacto sobre as empresas portuguesas*. Disponível em: <[https://www.bportugal.pt/pt-PT/EstudosEconomicos/Conferencias/Documents/2002DesenvEcon/Paper\\_13.pdf](https://www.bportugal.pt/pt-PT/EstudosEconomicos/Conferencias/Documents/2002DesenvEcon/Paper_13.pdf)>. Acesso em: 30 jun. 2016, p. 11.

<sup>462</sup> CABRAL, Célia da Costa. *A Justiça e seu impacto sobre as empresas portuguesas...*, p. 11-12.

a garantir os direitos dos agentes econômicos, apresentam-se como mecanismos que perpetuam o inadimplemento da Administração. Tais ações são ineficazes, em virtude da inviabilidade de medidas liminares e da lentidão lamentável do Poder Judiciário para julgamentos definitivos. Dessa forma, todos acabam pagando pela insegurança gerada pelo inadimplemento (e reforçada de forma demasiada pela morosidade judicial): os contratados, a Administração e os próprios contribuintes, haja vista que tais valores acabam por comprometer as gerações futuras que, afinal, serão responsáveis pelo pagamento.<sup>463</sup>

Além disso, cumpre sublinhar que a morosidade do Poder Judiciário também é agravada pela conduta de particulares em certames licitatórios, mediante frequentes e diversas interpelações judiciais, que acabam por entravar a licitação. Os participantes de um determinado certame reiteradamente impetram diversos mandados de segurança, com o objetivo, por exemplo, de discutir infundáveis pontos do edital da licitação, o que só acaba por judicializar a discussão, atrasar o processo licitatório e gerar mais e mais insegurança, tanto para os agentes privados envolvidos quanto à própria Administração Pública.

Além da morosidade do processo de conhecimento, a dificuldade e a demora em executar a sentença final e enfim obter o pagamento do Poder Público é submetida ao sistema de precatórios, o que gera uma elevada insegurança de quando o particular receberá o seu crédito. Os precatórios representam uma patologia de elevado impacto na estabilidade dos contratos administrativos.<sup>464</sup> Segundo Carlos Pinto Coelho Mota, frequentemente tratam-se de casos de desequilíbrio econômico-financeiro oriundos de “fatos da Administração”, reconhecidos judicialmente, mas que se transformam em precatórios cujo pagamento arrasta-se de forma interminável.<sup>465</sup> Tal cenário só contribui para o descrédito do Poder Judiciário frente aos agentes econômicos privados em matéria de infraestrutura.

Por conseguinte, a morosidade do sistema judicial leva à sua negação como fonte de resolução de conflitos, porquanto traz insegurança quanto ao momento do seu resultado final. Acaba-se, assim, por privilegiar a negociação extrajudicial ou outras formas de satisfação das controvérsias.<sup>466</sup> Em verdade, uma das razões que justificam a manutenção da morosidade e o pouco progresso alcançado até o momento reside no fato de que a própria sociedade acostumou-se ao problema. O nível de descontentamento social é inferior ao que existe, por exemplo, em relação à instabilidade macroeconômica. Existe uma tendência geral de adiar a reforma do sistema judicial, que é resultado de dois fatores principais. Em primeiro lugar,

---

<sup>463</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. O que fazer diante do inadimplemento da Administração Pública?...

<sup>464</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. A estabilidade do contrato administrativo..., p. 574.

<sup>465</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. A estabilidade do contrato administrativo..., p. 574.

<sup>466</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. PIB Potencial e segurança jurídica no Brasil..., p. 101.

porque muito dos custos são arcados pelos contribuintes de um modo geral, e não de maneira privada. Segundo, pois o grosso do ônus social do mau funcionamento do sistema judicial é oculto; resulta muito mais de negócios e investimentos que não ocorrem, ou que são realizados de modo ineficiente, do que de custos com litígios. Estas conclusões são alcançadas por Castelar Pinheiro a partir de sua pesquisa empírica, haja vista que metade dos empresários entrevistados respondeu que o mau funcionamento do Judiciário prejudicava gravemente a economia, todavia somente 25% afirmara que o mesmo ocorria em relação às suas próprias empresas. Para o autor, “tais resultados refletem o fato de as empresas brasileiras se acharem organizadas de maneira a evitarem ‘a qualquer custo’ o contato com o Judiciário, mesmo quando isso implica perder oportunidades de negócio, produzir ineficientemente etc.”<sup>467</sup>

O problema crônico da morosidade, portanto, viola o ideal de calculabilidade referente ao princípio da segurança jurídica, tendo em vista que tal ideal não se satisfaz apenas quando os agentes econômicos podem calcular o espectro reduzido das consequências possíveis, mas também quando o lapso de tempo para uma decisão definitiva não é demasiadamente extenso. Apresentada a morosidade como um grande impeditivo à atuação dos agentes privados na economia, passa-se, na sequência, à exposição de outra grande fonte de insegurança jurídica no Poder Judiciário: a imprevisibilidade das decisões judiciais, em grande medida decorrente do denominado ativismo judicial.

### **2.3.2 O ativismo judicial e o protagonismo do Poder Judiciário: a elevada imprevisibilidade das decisões judiciais como causa de insegurança jurídica**

A imprevisibilidade das decisões judiciais configura um dos maiores problemas do Poder Judiciário, com resultados desastrosos em questão de infraestrutura, tendo em vista que tal panorama possibilita a existência de decisões frontalmente conflitantes para casos idênticos, inclusive dentro de um mesmo tribunal. Esta conjuntura é decorrente de um crescente ativismo judicial e, por conseguinte, de um maior protagonismo do Poder Judiciário. Em razão deste ativismo, os juízes adquirem amplos poderes que só aumentam a insegurança para os agentes econômicos.

Elival da Silva Ramos conceitua o ativismo judicial como “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos

---

<sup>467</sup>

PINHEIRO, Armando Castelar. Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual..., p. 121-122.

normativos)”.<sup>468</sup> O ativismo judicial está associado, portanto, a um maior protagonismo do Poder Judiciário no desenho institucional brasileiro. Em relação ao Supremo Tribunal Federal, por exemplo, são raros os dias em que as suas decisões não são colocadas em evidência nos principais jornais do país.<sup>469</sup> Nesse contexto, Luís Roberto Barroso defende que o tema está interligado diretamente à maior participação do Poder Judiciário na concretização de valores constitucionais, ocorrendo a interferência mais intensa na seara específica dos Poderes políticos. O autor destaca que a postura ativista do Judiciário pode ocorrer de diversos modos, como a aplicação direta da Constituição a hipóteses não previstas em seu texto, a declaração de inconstitucionalidade das leis através de critérios mais flexíveis do que os usuais e a imposição de ações ou abstenções ao Poder Público, mormente em matéria de políticas públicas.<sup>470</sup> Barroso pondera que as críticas feitas ao ativismo judicial se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, na indevida politização da justiça e nos limites da capacidade institucional do Poder Judiciário. Todavia, apesar de elencar tais críticas, Barroso destaca que o ativismo judicial tem sido parte da solução, e não do problema, salientando que eventual atuação contramajoritária do Supremo se dará a favor, e não contra a democracia. Com efeito, o autor aduz que o STF deverá acatar as escolhas legítimas feitas pelo Poder Legislativo para que o ativismo não seja exercido em “dose excessiva”, porquanto “há risco de se morrer na cura”.<sup>471</sup>

Todavia, como lembra Elival Ramos, há “uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes”.<sup>472</sup> Os perigos do ativismo judicial são

---

<sup>468</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

<sup>469</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, p. 441-459, 2008, p. 442-443.

<sup>470</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn)Thesis*. (Rio de Janeiro), v. 5, p. 23-32, 2012, p. 6. Nesse contexto, Luís Roberto Barroso realiza distinção entre a judicialização e o ativismo judicial. A respeito da judicialização, destaca que ela consiste em uma circunstância decorrente do modelo adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, e não de um exercício da vontade política. Já o ativismo judicial, ao revés, consiste em uma atitude, em uma escolha de interpretação do texto constitucional, de forma a expandir o seu sentido e alcance. Barroso salienta que o ativismo judicial normalmente se instala em períodos de retração do Poder Legislativo, na qual ocorre um afastamento entre a classe política e a sociedade civil, de forma que as demandas da sociedade sejam impedidas de serem efetivamente alcançadas (BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática..., p. 6).

<sup>471</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática..., p. 19.

<sup>472</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial...*, p. 129. Já Karina Ansolabehere trata do tema do ativismo judicial ao estudar a judicialização da política e a politização da justiça. A mencionada autora sublinha que o fenômeno não é homogêneo e varia de acordo com as características circunstanciais de cada país. Nesse cenário, a partir de análise da jurisprudência da Argentina e do México, Ansolabehere constata que a Suprema Corte da Argentina é mais prudente (“*árbitro prudente*”) do que a mexicana (“*árbitro assumido*”), verificando nesta uma maior intervenção na política. A autora destaca que tais particularidades se dão em razão das relações das Cortes com as instâncias inferiores do Judiciário. A relação mais horizontal verificada na Argentina, assim como as condições privilegiadas de desempenho, explicam a prudência da Corte argentina (ANSOLABEHERE, Karina. Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia. *Isonomía, Revista*

demasiados, tendo em vista que ele acaba por propiciar um desastroso estado de imprevisibilidade das decisões judiciais. Além disso, o Poder Judiciário, por meio de um elevado protagonismo judicial, acaba por realizar uma interferência indevida na esfera de decisões de outros poderes.<sup>473</sup> Nessa perspectiva, Bruno Augusto Sampaio Fuga denuncia o processo judicial como uma estratégia de poder em duas dimensões (instrumentalidade *a priori* e racionalidade *a posteriori*). A primeira deriva da inflação legislativa que acaba por gerar mais discricionariedade judicial. A segunda, em que o processo como estratégia de poder é utilizado pelo próprio julgador, especialmente observando-se os casos de normas com caráter aberto e inflação legislativa.<sup>474</sup> Em relação à instrumentalidade *a priori*, tem-se um movimento contraditório, pois quando o Poder Legislativo pretende abrir o contexto para interpretação das leis, ele elabora normas de caráter aberto, mas quando assim não quer fazer, realiza uma intensa atividade legislativa. Ocorre que ao criar leis em excesso visando coibir a abertura de interpretação das normas, isto é, criando leis para atender determinadas situações de modo específico, cria-se ainda mais possibilidade de discricionariedade judicial, porquanto o excesso de leis configura um contexto perfeito para o surgimento de diversas interpretações da legislação.<sup>475</sup> A denúncia do autor evidencia, mais uma vez, como os problemas de

---

*de Teoría y Filosofía del Derecho*. n. 22, abril. 2005, p. 39-60). Por outro lado, a relação vertical entre a Suprema Corte e as instâncias inferiores verificada no México explicam a sua conduta ativista. “*La inexistencia de contrapuntos internos importantes ayuda a que los costos de la ampliación de las fronteras de lo jurídico no sean altos, el involucrarse con la política no supone un problema*” (ANSOLABEHERE, Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia..., p. 60).

<sup>473</sup> Domingos Juan Sesín aduz que a tarefa do julgador em determinado desenho institucional consiste em somente interpretar o Direito, destacando a ideia de que o juiz *no es un dominus de la sociedad*. O autor expõe a problemática do conflito entre Direito e Política, levantando a dúvida se é possível reconduzir as matérias discricionárias, que somente competem aos órgãos políticos, ao campo jurídico, com parâmetros objetivos. Uma resposta positiva implica dar vazão para a tese do “governo de juízes”, que se caracteriza pela ausência de legitimação democrática e incapacidade de responder às diversas necessidades sociais (SESÍN, Domingos Juan. El juez sólo controla. No sustituye ni administra. Confines del derecho y la política. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47. p. 51-86, jan/mar 2012, p. 52-53). Segundo Sesín, geralmente atribui-se ao julgador a função de interpretação do ordenamento, resolvendo uma controvérsia entre partes por meio de uma norma individual, com base nas leis, Constituição etc. A sua decisão, portanto, é estritamente jurídica, estando vedado ao julgador efetuar valorizações de oportunidade e conveniência porque tal tarefa compete exclusivamente ao Legislativo em razão do princípio da separação dos poderes. No entanto, excepcionalmente, o ordenamento delega aos órgãos judiciais a possibilidade de interferir no critério necessário para resolução do conflito. Por exemplo, na graduação da pena, na determinação do montante justo para certa indenização etc. Nesse cenário, o autor diz que, como os juízes ingressam no cargo por meio de concurso (e não são eleitos democraticamente), a sua função não pode ser a de criar normas legislativas e exercer o poder político em virtude da ausência de legitimidade democrática. Uma eventual eleição ou duração limitada em sua função poderiam afetar seriamente o princípio da divisão dos poderes e a independência e imparcialidade, tendo em vista que o Judiciário não está capacitado para governar, mas somente para dar efetividade ao Direito. Desse modo, o autor conclui que o juiz não administra nem legisla (funções exclusivas do Legislativo e do Executivo), mas interpreta a ordem jurídica existente, e somente excepcionalmente, possui faculdade para explicitar o direito no caso concreto (SESÍN, Domingos Juan. El juez sólo controla..., p. 52-53).

<sup>474</sup> FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *O ordenamento jurídico, o poder e a economia: instrumentalidade a priori e racionalidade a posteriori*. Birigui: Boreal, 2016, p. 97.

<sup>475</sup> FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *O ordenamento jurídico, o poder e a economia...*, p. 85.

insegurança estão interligados: a inflação e complexidade legislativa gera, por seu turno, discricionariedade judicial e, conseqüentemente, total imprevisibilidade das decisões judiciais.

O cenário ativista era ainda pior (pelo menos teoricamente) com o Código de Processo Civil de 1973 que estipulava no seu artigo 131 que “o juiz apreciará *livremente* a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Na realidade, o termo “livre” utilizado no CPC de 1973 buscava não propriamente conceder uma “liberdade” para o julgador decidir como bem desejasse (tal liberdade, na realidade, configurar-se-ia uma aberração jurídica), mas tão somente significava um sistema desvinculado de um “sistema tarifado”, de “provas legais”. Entretanto, o que se observou em quarenta anos de vigência do Código de 1973 foi um completo desvirtuamento da norma, tendo o “livre convencimento motivado” servido de recurso teórico “para até ‘liberar’ o julgador de esforços de demonstração de correção do julgamento referente ao plano fático, de especificação dos elementos do conjunto probatório dos autos que o convenceram”.<sup>476</sup> Isto é, a redação do antigo Código permitia uma conjuntura que propiciava um elevado ativismo judicial e, conseqüentemente, insegurança jurídica; e tal postura deve ser evitada, porquanto permite uma lamentável atuação pragmática dos juízes nacionais.<sup>477</sup> Por outro lado, por intermédio de uma emenda supressiva do relator Paulo Teixeira – e atendendo à sugestão de Lenio Luiz Streck –, todas as referências ao livre convencimento foram retiradas do CPC de 2015. A justificativa para o expurgo de qualquer referência a tal poder judicial é bem delineada no Projeto do CPC: “o livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada”.<sup>478</sup> Trata-se de uma conquista hermenêutica em matéria de Teoria do Direito, em que pese alguns juízes insistam em afirmar que o princípio secular do livre convencimento ainda subsiste no ordenamento processual pátrio.

Por outro lado, este grande poder adquirido pelos juízes brasileiros e, por consequência, a imprevisibilidade de suas decisões judiciais, em certos casos é encarada até

---

<sup>476</sup> FERREIRA, William Santos. Comentários ao art. 371. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1001.

<sup>477</sup> SALGADO, Eneida Desiree; VALIATI, Thiago Priess; BERNARDELLI, Paula. O livre convencimento do juiz eleitoral *versus* a fundamentação analítica exigida pelo Novo Código de Processo Civil. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). *O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 352.

<sup>478</sup> Conforme sublinha Lenio Luiz Streck: “embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais” (STRECK, Lenio. Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC. In: DE MACÊDO, Lucas Burril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Novo CPC doutrina selecionada*, v. 3: processo de conhecimento, provas. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 300).

mesmo como um efeito benéfico às empresas privadas, por mais estranha que tal afirmação possa parecer à primeira vista. Armando Castelar Pinheiro destaca que “como resultado da grande ‘elasticidade’ dos tribunais na interpretação da lei, ‘é sempre possível obter-se uma liminar ou um adiamento’”.<sup>479</sup> O autor complementa o raciocínio e aduz que “o cidadão comum é aquele que de fato arca com os custos. (...) as firmas não somente aprenderam a como evitar o Judiciário e a substituir os tribunais, mas também a explorar a ineficiência do sistema em seu próprio benefício”.<sup>480</sup>

Todavia, os efeitos do ativismo judicial, na grande maioria das vezes, são desastrosos, pois o amplo poder e a liberdade dos magistrados pode gerar decisões conflitantes, mesmo para casos idênticos. Isto é, a imprevisibilidade das decisões configura uma consequência direta do crescente ativismo judicial. A jurisprudência é demasiadamente flexível. Os agentes econômicos ficam à mercê de decisões judiciais instáveis que, na grande maioria dos casos, caracterizam-se mais como opiniões pessoais e singulares dos magistrados. Como lembra Lenio Luiz Streck, “mesmo um conjunto de ‘boas pessoas’ não garante decisões adequadas a Constituição”.<sup>481</sup> Nesse mesmo sentido, Emerson Gabardo dá destaque para o caráter irracional-material das decisões judiciais e afirma que a segurança jurídica é um princípio em franca decadência no sistema jurídico nacional. Segundo o autor, “tudo fica à mercê da avaliação de justiça do intérprete, ou seja, do seu ‘livre convencimento’ não nos moldes da discricionariedade positivista, mas nos moldes da equidade pós-positivista de inspiração racional-material”.<sup>482</sup> Eis o grande perigo que este poder concedido aos juízes permite: depender da posição pessoal do magistrado e não do Direito. Quando os julgadores são sujeitos estudiosos, competentes, sérios e estudiosos e possuem um senso de responsabilidade para com o ordenamento jurídico, são produzidas decisões boas. Todavia, se essas características não estiverem presentes, o destino pode acabar sendo cruel com o

---

<sup>479</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual..., p. 58.

<sup>480</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual..., p. 61.

<sup>481</sup> Diante da forte resistência pelo fim do livre convencimento no Código de Processo Civil de 2015 (mormente de alguns magistrados), Lenio Streck aduz que ele passou a ser um “apátrida gnosiológico” e invoca o argumento da interpretação histórica, especialmente tendo em vista que ele foi manifestamente expungido do novo código (STRECK, Lenio. Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC..., p. 300). Por sua vez, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero alegam que “o direito brasileiro adotou – e continua adotando, conquanto a supressão do adjetivo ‘livre’, tendo em conta que a eventualidade de ter o juiz de escolher entre duas versões probatórias é ineliminável – a regra da valoração racional da prova (art. 371)” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Sérgio. *Novo curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 424).

<sup>482</sup> GABARDO, Emerson. Boas intenções e ideias malditas. *Direito do Estado*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/boas-intencoes-e-ideias-malditas>>. Acesso em: 3 maio 2016.



destinatário da decisão judicial.<sup>483</sup> Trata-se, pois, de grande fonte de insegurança que propicia imprevisibilidade e interpretações díspares para casos semelhantes. É nesse contexto que Ávila afirma que “são incompatíveis com a insegurança jurídica os modelos de decisão que não se baseiam em normas gerais e prévias, limitando-se à busca de uma justiça individualizada e ajustada caso a caso”.<sup>484</sup>

Tem-se, assim, um panorama de decisões que reiteradamente ultrapassam os limites institucionais do Poder Judiciário, por meio da utilização equivocada de métodos de hermenêutica judicial ou, ainda, extrapolando os limites do controle judicial dos atos administrativos discricionários, afetando a eficiência econômica e contribuindo para gerar um ambiente de insegurança.<sup>485</sup> Nesse tocante, cumpre apontar algumas críticas sobre como os magistrados brasileiros se apropriaram equivocadamente de teorias estrangeiras para erigir novos modelos de análise em face do texto constitucional, notadamente as ligadas à jurisprudência dos valores e à teoria da argumentação de Alexy, na qual uma ‘ponderação de princípios’, como referido supra, é utilizada meramente para que o juiz dê a sua própria opinião pessoal sobre o problema.<sup>486</sup> Vale dizer, por meio de um particularismo do intérprete, os magistrados tendem a utilizar os princípios como uma justificação de suas próprias opiniões, desvirtuando o processo hermenêutico e aumentando o grau de indeterminação do Direito.<sup>487</sup> Cada julgador julga-se competente para escolher a melhor solução para cada caso, por meio de sua capacidade pessoal ou até mesmo um senso particular de justiça.<sup>488</sup> Lenio Luiz Streck denomina este fenômeno de “panprincipiologismo”, o qual se caracteriza pela multiplicação de um considerável número de *standards* interpretativos. Com a utilização destes *standards*, qualquer resposta acabando sendo a “correta”. “Isto é, os limites do sentido e o sentido dos limites do aplicador já não estão na Constituição, enquanto ‘programa

---

<sup>483</sup> GABARDO, Emerson. Boas intenções e ideias malditas...

<sup>484</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 349.

<sup>485</sup> MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Análise econômica do controle judicial dos contratos de concessão..., p. 74.

<sup>486</sup> MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Análise econômica do controle judicial dos contratos de concessão..., p. 74.

<sup>487</sup> Ingeborg Maus, a respeito da atividade jurisprudencial do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, critica a transformação do conceito de Constituição levada a efeito pela mencionada Corte de um documento de institucionalização de direitos fundamentais para um verdadeiro texto fundamental, nos moldes da Bíblia e do Corão. Maus salienta que a ‘competência’ da Corte Alemã não se apoia mais no próprio texto constitucional, mas, por outro lado, ultrapassa os seus horizontes, fundamentando-se em princípios de direito suprapositivos. Isso ocorre em razão de uma ampla liberdade dos juízes no processo de interpretação da norma ao flexibilizar o Direito positivo, “apelando para convenções morais e ‘valores’”. Maus destaca que “as garantias constitucionais escritas são contrapostas deste modo à reserva das idiossincrasias não-escritas dos aparatos econômicos e políticos” (MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisdicional na ‘sociedade órfã’*. Trad.: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000 [1989]).

<sup>488</sup> GABARDO, Emerson. Boas intenções e ideias malditas...

normativo-vinculante’, mas, sim, em um conjunto de enunciados *ad hoc* (e com funções *ad hoc*), que, travestidos de princípios, constituem uma espécie de ‘supraconstitucionalidade’”.<sup>489</sup> Streck cita vários exemplos destes *standards* com pretensão retórico-corretiva como, por exemplo, o malfadado “princípio da situação excepcional consolidada”.<sup>490</sup>

Nesse cenário, José Augusto Delgado aduz que a não uniformidade das decisões judiciais, em razão de inexistência de causas jurídicas justificadoras para a mudança de entendimento por parte dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal, gera intranquilidade, tornando-se causa para o aumento do número de conflitos.<sup>491</sup> É nesse exato contexto que o autor apresenta o desastroso cenário de insegurança jurídica por intermédio de manifestações jurisprudenciais conflitantes do Superior Tribunal de Justiça em pontos que impactam na infraestrutura nacional. Por exemplo, destaque-se o tema da execução provisória contra a Fazenda Pública. De início, o autor expõe um primeiro posicionamento do STJ em relação ao tema, datado de 2005.<sup>492</sup> Consta na decisão que: “mesmo após a EC 30/2000, *é possível* a execução provisória contra a Fazenda Pública até a fase dos embargos, não se exigindo o trânsito em julgado para a expedição de precatório nas execuções iniciadas antes da alteração constitucional”.<sup>493</sup> Todavia, nem mesmo decorrido um ano deste entendimento, o STJ decidiu em 2006 que: “após a EC 30/2000, *não é possível* a execução provisória contra a Fazenda Pública, exigindo-se o trânsito em julgado para a expedição de precatório mesmo nas execuções iniciadas antes da alteração constitucional”.<sup>494</sup> Como se pode constatar, tratam-se de decisões totalmente opostas, *do mesmo Tribunal* (mas de Turmas diferentes), em relação ao mesmo tema, que se deram dentro do período de *somente um ano*. Outro exemplo citado

---

<sup>489</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...*, p. 493. Segundo Lenio Luiz Streck, “tais *standards* são originários de construções nitidamente pragmatistas, mas, que, em um segundo momento, adquirem foros de universalização” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...*, p. 490).

<sup>490</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...*, p. 488. Por outro lado, Lenio Luiz Streck também chama a atenção para o inverso, isto é, o uso hipossuficiente dos princípios, como subproduto do mesmo fenômeno. Ao invés de nomear qualquer *standard* argumentativo ou qualquer enunciado performático de princípio, os juízes passam a negar densidade normativa de princípio àquilo que efetivamente é um princípio. Nega-se, assim, a qualidade de princípio àquilo que está denominado expressamente como princípio pelo texto constitucional. O referido autor cita como exemplo o voto do Ministro Luiz Fux no julgamento da adequação da Lei Complementar nº 115/2010 à Constituição (ADC 29/DF, ADC/30, ADI 4578/DF) no qual se negou um conteúdo principiológico à presunção de inocência (STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípios: dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 49, n. 194, p. 7-21, abr./jun. 2012, p. 10-11).

<sup>491</sup> DELGADO, José Augusto. A imprevisibilidade das decisões judiciais..., p. 4.

<sup>492</sup> DELGADO, José Augusto. A imprevisibilidade das decisões judiciais..., p. 20.

<sup>493</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). REsp nº 702264/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 06/12/2004, DJe 19/12/2005.

<sup>494</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). REsp nº 791896/PA, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 18/05/2006, DJe 14/06/2006.

pelo autor consiste no tema da execução de parcela incontroversa contra a Fazenda Pública.<sup>495</sup> Em um primeiro momento, decidiu o STJ em 2005 que: “após a EC 30/2000, *não é possível* a expedição de precatório relativo a parcela incontroversa não impugnada pela Fazenda Pública em embargos do devedor”.<sup>496</sup> Menos de dois anos depois, decidiu o mesmo órgão judicial que: “*é possível* a expedição de precatório relativo a parcela incontroversa não impugnada pela Fazenda Pública em embargos do devedor”.<sup>497</sup> Novamente, o mesmo cenário desastroso: decisões totalmente opostas, *de um mesmo Tribunal* (porém, de Turmas diferentes), mesmo tema, que se deram dentro do período de *dois anos*.

Para além do tema de execução contra a Fazenda Pública, outro exemplo consiste no tema da suspensão da exigibilidade do crédito tributário.<sup>498</sup> Primeiramente, decidiu o Superior Tribunal de Justiça em 2006 que: “*não suspende* a exigibilidade do crédito tributário o recurso administrativo no qual se discute a homologação de compensação”.<sup>499</sup> Menos de um ano depois, o mesmo tribunal decidiu que: “*suspende* a exigibilidade do crédito tributário o recurso administrativo no qual se discute a homologação de compensação”.<sup>500</sup> Os exemplos citados chamam a atenção em razão do estrito período de tempo entre as decisões conflitantes (menos de dois anos entre elas; em alguns casos, até mesmo abaixo de um ano) e a conclusão diametralmente oposta entre elas (“é possível” – “não é possível”; “suspende” – “não suspende”). Uma verdadeira babel de decisões judiciais, que Humberto Ávila trata como ofensiva aos ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade: problema de cognoscibilidade em virtude da existência de divergência entre decisões; de confiabilidade em função da modificação jurisprudencial de entendimentos anteriormente consolidados; e de calculabilidade pela falta de suavidade das alterações de entendimento ou, até mesmo, pela inexistência de coerência na interpretação do ordenamento jurídico.<sup>501</sup>

Outrossim, como forma de exemplificar a total imprevisibilidade do Poder Judiciário nos setores de infraestrutura, Wladimir Antonio Ribeiro também cita decisões do Superior Tribunal de Justiça, sucessivas e contraditórias, a respeito de contratos de concessão na área de saneamento básico. O autor relata que em junho de 2011 o então Presidente do STJ deferiu

<sup>495</sup> DELGADO, José Augusto. A imprevisibilidade das decisões judiciais..., p. 21.

<sup>496</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Resp nº 692015/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21/06/2005, DJe 01/08/2005.

<sup>497</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). AgRg no REsp nº 907774/PB, Rel. Milson Naves, Sexta Turma, julgado em 27/03/2007, DJe 21/05/2007).

<sup>498</sup> DELGADO, José Augusto. A imprevisibilidade das decisões judiciais..., p. 22.

<sup>499</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). REsp nº 529799/PR, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 19/09/2006, DJe 26/10/2006.

<sup>500</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). AgRg no REsp nº 671121/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 19/04/2007, DJe 14/06/2007.

<sup>501</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 174.

um pedido de suspensão de liminar, determinando que os serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário do Município de Uruguaiana teriam que ser devolvidos ao ente municipal (mesmo sem o pagamento de qualquer indenização à Companhia Riograndense de Saneamento S/A – Corsan, empresa estadual responsável pelo serviço antes da decisão). A referida decisão gerou grande insegurança no setor de saneamento, porque em abril do ano anterior o mesmo presidente do STJ tinha indeferido pedido do Município de Ariquemes, no Estado de Rondônia, entendendo que a empresa estadual deveria permanecer nos serviços até a definição do valor da indenização a que tem direito. Como se percebe, trata-se de decisões manifestamente contraditórias e díspares, do mesmo órgão judiciário (aliás, do mesmo magistrado!), proferidas em curto período de tempo. Como destaca o autor, “quem se prepara para fazer investimentos em abril não pode ser desautorizado em junho”. Essa indefinição jurisprudencial causa grandes prejuízos aos investimentos privados. Com efeito, as empresas que prestam os serviços não sabem efetivamente se podem realizar aportes significados, afinal não possuem convicção de que podem contar com a receita de tarifas em diversos municípios que operam. Além disso, há o risco de ocorrer a retomada dos serviços e a assunção de bens sem o pagamento de qualquer indenização, postergando a questão para a morosa e imprevisível (in) definição judicial e o aguardo do pagamento de precatório.<sup>502</sup>

Dessa forma, o cenário de imprevisibilidade do Poder Judiciário é elevado, o que acaba por prejudicar significativamente as possibilidades de investimentos em infraestrutura. Como dito, um aspecto a ser considerado para avaliar o impacto de um bom sistema judicial

---

<sup>502</sup> RIBEIRO, Wladimir Antonio. Saneamento: jurisprudência errática do STJ prejudica investimentos no setor. *Migalhas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI136648,91041-Saneamento+jurisprudencia+erratica+do+STJ+prejudica+investimentos+no>>. Acesso em: 17 jun. 2016. Para além da realidade pátria, é interessante observar como o princípio da proteção da confiança foi utilizado variavelmente pelo Tribunal Constitucional de Portugal no contexto da crise econômica pelo qual este país atravessou recentemente. Rui Medeiros expõe duas fases totalmente contraditórias na jurisprudência constitucional sobre a crise europeia. Em um primeiro momento, o entendimento do Tribunal Constitucional no Acórdão nº 399/2010 (a respeito do agravamento fiscal por conta da crise) foi o de flexibilizar o aludido princípio (utilizando-o contra os cidadãos e justificando as medidas de austeridade), decidindo que: “não é possível afirmar que esta medida fosse algo com que os contribuintes por ela afetados não pudessem razoável e objetivamente esperar, tendo em conta que um dos modos de fazer face à situação económico-financeira do País e, nomeadamente, ao desequilíbrio orçamental, é pela via do aumento da receita fiscal”. Três anos mais tarde, todavia, o mesmo princípio foi utilizado a favor dos direitos sociais dos cidadãos no âmbito do Acórdão nº 474/2013, a respeito da demissão de funcionários públicos. Decidiu-se neste último julgamento que: “não se encontra fundamento que permita considerar a presença de razões de interesse público com peso prevalecente sobre a confiança gerada pela expectativa legítima reforçada de defesa relativamente ao afastamento do despedimento sem justa causa subjetiva, nos mesmos termos de outros trabalhadores com que partilharam até à entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro, o regime de nomeação definitiva”. Denota-se, a partir dos dois julgamentos expostos, como o mesmo princípio (proteção da confiança) pode ser utilizado de modo extremamente variável pelo mesmo Tribunal, servindo, em um primeiro momento, para justificar as medidas de austeridade e as restrições dos direitos sociais dos cidadãos e, posteriormente, sendo utilizado a favor destes mesmos direitos sociais. Um total cenário de insegurança e imprevisibilidade (MEDEIROS, Rui. *A Constituição portuguesa num contexto global*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 67 e 73).

no desenvolvimento socioeconômico é a capacidade de investimentos. Um regime político estável e um sistema judicial imparcial colaboram significativamente para incrementar novas possibilidades de investimentos privados.

Sem dúvidas, a existência de um bom sistema judicial favorece o cumprimento dos contratos de infraestrutura de longa duração, atenuando os chamados custos *ex post*. Entretanto, imprescindível destacar que a insegurança gerada pelos demais Poderes Públicos e entes públicos (Poder Legislativo, Poder Executivo, agências reguladoras, órgãos de controle etc.) não será “compensada” com a existência de um sistema judicial independente, imparcial e rápido, porque os agentes econômicos já estarão pouco estimulados em realizar investimentos no país.<sup>503</sup> Corrigir os problemas do Poder Judiciário configura um grande passo em direção à segurança jurídica (talvez um dos mais impactantes, tendo em vista a “palavra final” dos tribunais), mas é preciso frisar que não bastam soluções nesta seara. Aliás, como resultado da pesquisa realizada por Castelar Pinheiro, uma das empresas participantes salientou que o Poder Judiciário afetava pouco as empresas em relação à atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, que seriam na realidade os verdadeiros causadores de problemas.<sup>504</sup> Portanto, um bom sistema judicial é condição necessária para um cenário de segurança que possibilite investimentos em infraestrutura, porém não configura uma condição suficiente.

---

<sup>503</sup>

PINHEIRO, Armando Castelar. Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual..., p. 29.

<sup>504</sup>

PINHEIRO, Armando Castelar. Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual..., p. 59.

## CAPÍTULO 3

### QUAL É O FUTURO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA NOS SETORES DE INFRAESTRUTURA?

---

Um cenário totalmente isento de insegurança jurídica configura algo inatingível. Afinal, a incerteza, mesmo que mínima, sempre existirá na seara relativa à infraestrutura. Portanto, imaginar um horizonte ideal de *total* respeito ao princípio da segurança jurídica é utópico. Como destacado no primeiro capítulo, o atendimento ao princípio constitucional da segurança jurídica dá-se nas hipóteses em que a insegurança é reduzida a um *grau considerado aceitável*. É a partir deste ponto de vista, portanto, que se pretende expor propostas de *mitigação* da insegurança relativamente aos três Poderes Públicos.

O capítulo anterior serviu para expor o cenário generalizado de insegurança jurídica pelo qual passa o ambiente regulatório nacional. Ocorre que o contexto exposto está longe de ser considerado aceitável. Como foi demonstrado, vários são os fatores e os personagens desta insegurança. Impõe-se, assim, a necessidade de um novo ambiente, com *mais* segurança, a fim de que mais investimentos sejam garantidos na infraestrutura, possibilitando o desenvolvimento socioeconômico nacional.

É exatamente o que se pretende no presente capítulo: a apresentação de *propostas* de concretização do princípio da segurança jurídica, no âmbito dos três Poderes estatais, a fim de que seja promovido um novo futuro para o princípio nos setores de infraestrutura. Vale dizer, um futuro no qual a insegurança é reduzida para um grau considerado aceitável; afinal a insegurança, mesmo que mínima, frise-se, sempre existirá.

#### 3.1 A segurança jurídica pelo Poder Legislativo

Neste primeiro subcapítulo, serão apresentadas propostas no âmbito do Poder Legislativo. Como exposto no segundo capítulo, as inovações legislativas em matéria de infraestrutura têm causado problemas de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade. Portanto, passa-se, na sequência, à indicação de alguns instrumentos que podem contribuir na minimização de ofensas ao princípio da segurança jurídica (a fim de que os agentes econômicos não sejam surpreendidos, frustrados e enganados em virtude de inovações legislativas). Em um primeiro momento, destacar-se-á acerca da importância de instituir normas de transição quando da alteração brusca e drástica de marcos regulatórios, assim como de eventuais instrumentos repressivos posteriores à ofensa da segurança jurídica

em tais casos. Nestas hipóteses, como será visto, a omissão por parte do Legislativo já ocorreu, e somente restará ao cidadão recorrer ao Poder Judiciário; todavia, tais mecanismos repressivos também serão tratados no presente subcapítulo relativo ao Legislativo, tendo em vista a relação direta que assume com a omissão legislativa. Após, será demonstrada a necessidade de elaboração de leis claras, precisas e estáveis com o fito de diminuir os efeitos de inovações legislativas regulatórias com excessiva complexidade ou indeterminação.

### **3.1.1 O dever do Poder Legislativo de consolidar normas de transição como forma de amenizar as inovações legislativas bruscas e drásticas**

No tocante às alterações bruscas e drásticas, dada a ausência de suavidade na edição dos marcos regulatórios de setores de infraestrutura, a adoção de *normas de transição* configura o antídoto mais adequado para garantir o ideal de calculabilidade, atenuando os efeitos de tais modificações legislativas. As normas de transição disciplinam a situação jurídica em curso de formação, isto é, propiciam expectativas de direito, configurando um regime intermediário entre a lei antiga e a lei nova (consistem em uma espécie de “terceiro regime legislativo” ou “terceiro direito”). Tais normas compatibilizam o interesse pela mudança de regime jurídico com o de permanência não abrigado em direito subjetivo. Assim, as normas de transição “têm o foco nos jogos de esperança e comunicam às expectativas de direito relativa estabilidade”, tendo em vista que estas não são totalmente hábeis para atrair a segurança jurídica sem a concorrência de normas de adaptação.<sup>505</sup> Maria Coeli Simões Pires utiliza-se da denominação “Direito Transitório” para referir-se às normas de transição, que, segundo a autora, configuram “aquelas temporalmente limitadas e exauríveis no âmbito do regime especial a que pertencem, em contraposição às de caráter permanente que compõem o núcleo do Direito Intertemporal com função de solução de conflitos”.<sup>506</sup>

É nesse cenário que Rafael Valim reforça a ideia de que a segurança jurídica não cria obstáculos à alteração do ordenamento, mas combate a mudança desleal e inopinada de um modo tanto *preventivo* quanto *repressivo*. Por meio do modo preventivo, o autor aduz que os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima impõem o dever de o Poder Legislativo adotar *disposições transitórias* nos casos de alterações de regimes jurídicos, destacando a exceção de eventual situação em que o interesse público perseguido pelo novel regime jurídico seja manifestamente incompatível com um regime de transição. Segundo

<sup>505</sup>

PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública...*, p. 91.

<sup>506</sup>

PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública...*, p. 91.

Valim, as disposições transitórias objetivam justamente combater os efeitos danosos que a eficácia imediata das normas pode produzir e o fazem por intermédio de dois instrumentos: a denominada “regra de conflito” e a chamada “disposição transitória substancial”. O primeiro instrumento disciplina a eficácia das normas jurídicas no tempo, sem alterar o seu conteúdo, prevendo a ultraeficácia da norma anterior por certo período, enquanto a “disposição transitória substancial” prescreve um regime temporário, distinto tanto do regime anterior quanto do novo. Portanto, se modificado ou substituído um regime jurídico por meio de um suficiente mecanismo normativo transitório, assegurando a confiança do agente econômico, não há que se cogitar de violação ao princípio da segurança jurídica.<sup>507</sup> Afinal, ao indivíduo será concedida a possibilidade de *calcular* as suas condutas, diante da modificação legislativa.

Para Leonardo Coelho Ribeiro e Rafael Vêras de Freitas, a Administração possui um *dever de coerência administrativa* em relação aos agentes econômicos privados, destacando que a insegurança jurídica impõe custos transacionais desnecessários ao desenvolvimento nacional. Os referidos autores, a respeito do ambiente de negócios travado entre a Administração Pública e seus parceiros privados, salientam que ele “deve ser cultivado com especial atenção, de modo a reduzir os impactos negativos que instabilidades da atividade administrativa possam implicar ao desenvolvimento nacional”.<sup>508</sup> Portanto, a atuação futura do Estado exige um dever de coerência administrativa com a atuação estatal pretérita, a menos que ocorra uma razão justificadora do abandono de regras anteriormente aplicadas, sempre por intermédio da devida edição de normas de transição e de cláusulas de equidade.<sup>509</sup>

Destarte, o princípio da segurança jurídica gera o direito a um regime de transição justo.<sup>510</sup> Trata-se, pois, de conferir moderação na inovação legislativa, a fim de privilegiar a calculabilidade do ordenamento jurídico. Normas de transição não configuram favores concedidos pelo legislador, mas direitos decorrentes do princípio da segurança jurídica.<sup>511</sup> Mais do que direito dos cidadãos, configuram, ainda, um dever do Poder Público. É nesse vértice que Gilmar Mendes também defende a ideia de que a segurança jurídica *impõe* a adoção de normas de transição nos casos de alteração de um determinado estatuto jurídico.<sup>512</sup>

---

<sup>507</sup> VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro...*, p. 124-125.

<sup>508</sup> RIBEIRO, Leonardo Coelho; FREITAS, Rafael Vêras de. Manutenção do ambiente negocial entre o público e o privado e desenvolvimento nacional: o impacto das modulações regulatórias nos contratos da Administração e o dever de coerência administrativa. In: CÔRREA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mario Engler (Org.). *Cumprimento de contratos e razão de Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 410-412 e 423.

<sup>509</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 707.

<sup>510</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 614.

<sup>511</sup> FORTINI, Cristiana. Princípio da segurança jurídica e a Lei nº 9.784/99..., p. 462.

<sup>512</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 435.



O autor acrescenta, ainda, que, em casos de mudança de regime jurídico, a ausência de adoção de normas de transição poderá configurar uma *omissão legislativa inconstitucional grave*.<sup>513</sup> A inconstitucionalidade em tais casos deve-se justamente ao *status* constitucional conferido ao princípio da segurança jurídica.

Nesse caso, para sanar a inconstitucionalidade, abre-se a oportunidade de utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), ação abstrata de controle de constitucionalidade prevista na Constituição Federal, de caráter subsidiário, para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (trata-se, pois, de um instrumento repressivo, assim como os demais que ainda serão apresentados na sequência). Em virtude do seu caráter subsidiário, apenas nos casos em que as demais ações abstratas de controle de constitucionalidade não forem cabíveis é que será possível falar em ADPF.<sup>514</sup> Trata-se justamente da hipótese de não adoção de cláusulas de transição em marcos regulatórios da infraestrutura. Explica-se: em tais casos, não se denota possível falar no cabimento das ações constitucionais destinadas à sanar a omissão legislativa, quais sejam, o mandado de injunção (nos casos de ofensa *concreta* ao direito subjetivo do agente econômico) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (nos casos de controle *abstrato* de constitucionalidade), tendo em vista que, apesar da patente inconstitucionalidade e ofensa ao princípio da segurança jurídica (um preceito fundamental), não existe um comando expresso na Constituição determinando o dever de existirem normas de transição em legislação atinente aos setores de infraestrutura. Tais ações (ADIn por omissão e mandado de injunção) exigem, como requisito para sua configuração, a existência de normas de eficácia limitada no texto constitucional, ou seja, normas que dependem da atuação do legislador infraconstitucional

---

<sup>513</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 435.

<sup>514</sup> Ademais disso, para esgotar todas as possibilidades de controle abstrato de constitucionalidade, o legislador infraconstitucional previu na Lei nº 9.882/1999 – a lei que dispõe sobre o processamento e julgamento da ADPF – que esta ação abstrata consiste, outrossim, na via cabível para sanar controvérsia judicial de atos federais, estaduais e municipais, anteriores ou posteriores à Lei Fundamental. Por conseguinte, tem-se que a via da ADPF é a única possível para realização de controle de constitucionalidade de direito pré-constitucional e de direito municipal em face da Constituição Federal e para sanar controvérsia judicial de atos estaduais, municipais e os anteriores ao ordenamento constitucional, vez que estas hipóteses não são abarcadas pela ADC (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 1268). A possibilidade de discussão da inconstitucionalidade de legislação municipal, por exemplo – antes do advento da ADPF somente possível através da representação de inconstitucionalidade nos Tribunais de Justiça em face das Constituições estaduais –, passou a ter na ADPF o instrumento adequado para tanto, agora perante o Supremo Tribunal Federal. Jorge Miranda, comentando o controle de constitucionalidade brasileiro, salienta que a ADPF pode ser um meio de defesa dos direitos fundamentais, quando inviáveis os outros instrumentos destinados à assegurá-los, e próximo da Verfassungsbeschwerde alemã (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI: inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 128).

para produzirem plenos efeitos.<sup>515</sup> Assim, diante do caráter subsidiário da ADPF, impõe-se a sua utilização para sanar a omissão legislativa quando inexistirem normas de transição nos casos de alteração de regime jurídico.

É nesse contexto, ainda, que o Projeto de Lei nº 349/2015 possui o objetivo de incluir, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições para aumentar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do Direito Público.<sup>516</sup> Em seu artigo 22 o Projeto prevê a necessidade de previsão de regime de transição nos casos em que uma decisão administrativa, controladora ou judicial, com base em norma indeterminada, impuser dever ou condicionamento novo de direito, ou fixar orientação ou interpretação nova. Além disso, caso o regime de transição não esteja previamente estabelecido, o dispositivo permite que o sujeito tenha o direito de negociá-lo com a autoridade. Isto é, na ausência de normas de transição previamente estabelecidas, assegura-se o direito a uma solução negociada com as autoridades

---

<sup>515</sup> A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) possui como finalidade a ciência do Poder Legislativo e do órgão administrativo para que editem norma suficiente à regulamentação dos dispositivos constitucionais, sanando, assim, a omissão inconstitucional (BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 249). A necessidade da previsão desta ação surgiu diante da elevada quantidade de normas de eficácia limitada no texto constitucional, ou seja, normas que dependem da atuação do legislador infraconstitucional para produzirem plenos efeitos. Por seu turno, a Constituição Federal de 1988 previu, ainda, o mandado de injunção em seu art. 5º, LXXI. Este remédio constitucional também objetiva sanar a omissão inconstitucional, entretanto, ao contrário da ADO, o mandado de injunção possui o objetivo de concretização do direito omitido pela autoridade judicial – pelo menos após o julgamento do MI 721-7/DF. Destarte, esta ação objetiva combater a demora do Poder Público na efetivação dos direitos fundamentais relacionados às liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, para que ocorra o exercício concreto de tais direitos pelo cidadão. Nesse contexto, Elival Ramos ressalta que “no constitucionalismo brasileiro pós-88, o princípio da força normativa se encarnou em dois institutos desenhados para dar consequências jurídicas ao dever estatal de implementação das normas de eficácia limitada, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção” (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial...*, p. 196-97).

<sup>516</sup> O Projeto de Lei em questão, de autoria do Senador Antonio Anastasia (e elaborado pelos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto), possui a pretensão de incluir disposições na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro com o objetivo de elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do Direito Público. O grande intuito é melhorar a qualidade da decisão pública no Brasil, exercida nos diferentes níveis da Federação (isto é, federal, estadual, distrital e municipal) e nos diferentes Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), assim como dos órgãos autônomos de controle (Tribunais de Conta e Ministérios Públicos). Em suma, o que se pretende incluir na LINDB consiste no seguinte: novas diretrizes para decisões pautadas em normas indeterminadas (artigos 20 e 21); o direito à transição adequada na hipótese da criação de novas situações jurídicas passivas para os cidadãos (artigo 22); a criação de um regime jurídico geral para negociação entre autoridades públicas e particulares (artigo 23); a criação da ação civil pública declaratória de validade, com efeitos *erga-omnes*, a fim de conferir estabilidade a atos, contratos, ajustes, processos e normas administrativas (artigo 24); a proibição de invalidação de atos no caso de mudanças de orientação (artigo 25); a disciplina dos efeitos da invalidação de atos, para que tais efeitos sejam mais justos (artigo 26); a proibição da responsabilização injusta de autoridades na hipótese de revisão de suas decisões (artigo 27); a consulta pública obrigatória para a edição de regulamentos administrativos (artigo 28); e, finalmente, a compensação, dentro dos processos, de benefícios ou prejuízos ocasionados para os envolvidos (artigo 29) (SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Segurança jurídica e eficiência na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro*. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 7).

públicas.<sup>517</sup> Marilda de Paula Silveira, ao comentar o dispositivo em questão, salienta que a norma possui a capacidade de garantir que as alterações normativas sejam inerentes ao ordenamento sem que se tenha, contudo, que conviver com a absoluta imprevisibilidade, compatibilizando-se com os ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade. Para a autora, o objetivo da proposta consiste em afastar a lógica da invalidação com efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, ou a simples preservação do ato inválido realizado, e evoluir para um contexto segundo o qual o princípio da segurança jurídica impõe a avaliação da necessidade de adoção em cada caso de um regime de transição em favor dos cidadãos.<sup>518</sup> Por sua vez, Irene Nohara pondera que o mecanismo de negociação do regime de transição oferece o risco de se constituir em uma possível flexibilização dos rigores da aplicação da lei.<sup>519</sup>

Desse modo, a omissão na previsão de normas de transição nos marcos regulatórios da infraestrutura desponta como uma patente inconstitucionalidade, ante o *status* constitucional do princípio da segurança jurídica, gerando, inclusive, a possibilidade de o rol de legitimados – disposto no artigo 2º, da Lei nº 9.882/1999 – propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). As disposições transitórias afiguram-se essenciais na alteração de marcos regulatórios de infraestrutura, como forma de combate às inovações legislativas bruscas e drásticas, afastando-se a possibilidade de *surpresa* aos agentes econômicos e assegurando o ideal de calculabilidade que integra o princípio da segurança jurídica. Trata-se, portanto, de um *dever* imposto ao Poder Legislativo, haja vista sua submissão ao princípio constitucional da segurança jurídica.

Ademais, Rafael Valim também indica um instrumento *repressivo*, posterior à quebra de confiança do cidadão, como forma de amenizar os efeitos proporcionados pela

---

<sup>517</sup> O dispositivo possui a seguinte redação: “a decisão administrativa, controladora ou judicial que, com base em norma indeterminada, impuser dever ou condicionamento novo de direito, ou fixar orientação ou interpretação nova, deverá prever um regime de transição, quando indispensável para que a submissão às exigências se opere de modo proporcional, equânime e eficiente, e sem prejuízo aos interesses gerais. Parágrafo único. Se o regime de transição não estiver previamente estabelecido, o sujeito obrigado terá direito a negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas às limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme o caso”.

<sup>518</sup> SILVEIRA, Marilda de Paula. Artigo 22. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 24-25.

<sup>519</sup> A autora preocupa-se com a abertura que o dispositivo permite, porquanto ao prever o direito de negociar o regime de transição com a autoridade, possibilita-se a manifestação do fenômeno da captura, nos casos em que, por exemplo, aquele que deveria ser sancionado negocia o grau de cumprimento de seu dever. Para Nohara, no lugar de permitir a negociação do cumprimento da lei pelo interessado, poder-se-ia tão somente garantir o contraditório e a ampla defesa a fim de que ele exponha os seus argumentos e que ajudariam a autoridade competente encontrar uma interpretação mais ajustada às características de cada caso concreto (NOHARA, Irene. Proposta de alteração da LINDB (Projeto 349/2015). *Direito Administrativo por Irene Nohara*. Disponível em: <<http://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/>>. Acesso em: 24 jun. 2016).

insegurança jurídica das alterações legislativas bruscas e drásticas, a qual constitui, segundo o autor, um tema pouco explorado no Direito brasileiro. Em tal hipótese, diferentemente da via preventiva, a alteração de regime jurídico já ocorreu e, por conseguinte, o agente econômico já arcou com os efeitos da restrição ao ideal de calculabilidade. Trata-se, pois, da possibilidade de responsabilidade do Estado por ato lícito, após ter sido comprovada a especialidade e a anormalidade do dano sofrido pelo cidadão.<sup>520</sup> Em tais casos, por óbvio, o agente econômico terá que recorrer ao Poder Judiciário, assim como ocorre em relação à hipótese da ADPF exposta supra (mas a insegurança originou-se diante de uma omissão legislativa, e por isso o tema também é estudado no presente subcapítulo), afinal, a insegurança jurídica, apesar dos diferentes personagens, é uma só.

Com efeito, Rafael Valim formula dois requisitos para a efetivação do instrumento repressivo em comento, ao indagar i) se há confiança legítima do agente a ser protegida; e ii) se há algum interesse público no novo regime que justifique o afastamento da confiança legítima.<sup>521</sup> Como se tem por evidente, caso não ocorra a comprovação da confiança legítima do cidadão, afasta-se a possibilidade de responsabilização estatal. *Ex adverso*, caso seja demonstrada, a indicação da existência da denominada *base da confiança* também se afigura essencial. A base da confiança consiste nas normas que serviram de fundamento para a ação do indivíduo e foi bem delineada por Humberto Ávila em seu estudo sobre a teoria da segurança jurídica, configurando um dos requisitos de aplicação do princípio da proteção da confiança. Nesse cenário, Ávila propõe que todos os elementos do princípio devem estar presentes (base da confiança, confiança, exercício da confiança e frustração da confiança), mas a fraca intensidade de um deve ser compensada pela alta intensidade de outro. Destarte, quanto mais forte for a base da confiança, menos intensa, em relação ao tempo e seu dispêndio, necessita ser a atuação do particular; e quanto mais intensa for tal atuação, mais fraca pode ser a base da confiança.<sup>522</sup>

---

<sup>520</sup> VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro...*, p. 125-127. Rafael Valim, inclusive, destaca que no sistema constitucional brasileiro nenhuma função do Estado (administrativa, legislativa e jurisdicional) foge da necessidade de responsabilização estatal, reforçando-se, portanto, a ideia de que mesmo os atos do Poder Legislativo, como submissos ao princípio constitucional da segurança jurídica, estão sujeitos ao princípio da responsabilidade do Estado (VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro...*, p. 127).

<sup>521</sup> VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro...*, p. 126.

<sup>522</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 417. Para este autor, o grau de proteção da confiança será tanto maior quanto maior for o grau de existência dos elementos normativos, pertinentes à situação fática (base da confiança), quais sejam, a vinculatividade, aparência de legitimidade do ato, modificabilidade, efetividade, indução, individualidade, onerosidade e durabilidade (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 423). Para Humberto Ávila, “haverá proteção da confiança quando houver, relativamente aos vários critérios, mais razões para proteger a confiança que para não a proteger. Esta é a proposta aqui defendida: a verificação da base da confiança com apoio em critérios de verificação graduais, cuja

Tome-se como exemplo a alteração da legislação do setor portuário. Conforme explanado no capítulo anterior, as normas de transição da Lei nº 12.815/2013 não foram suficientes para garantir o ideal de calculabilidade. Isto é, o regime de transição *in casu* não foi considerado adequado. Afinal, como lembra Patrícia Baptista, não é suficiente que a nova regulamentação contenha normas de transição; é necessário, ainda, que tais medidas se afigurem justas, adequadas e proporcionais.<sup>523</sup> Como visto, o parágrafo único do artigo 59 do marco regulatório dos portos prevê que os pedidos de autorização para exploração de instalações portuárias, localizadas dentro da área do porto organizado, protocolados na Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) até *dezembro de 2012*, poderão ser deferidos caso comprovado até a referida data o domínio útil da área. O mencionado diploma legal somente entrou em vigor em junho de 2013 – seis meses após, portanto, ao marco temporal estipulado na legislação. Logo, a partir de janeiro de 2013 restou inviável a possibilidade de novos pedidos de autorização para exploração de instalações portuárias dentro do porto organizado, o que acabou por prejudicar todos aqueles agentes econômicos que não tinham realizado o pedido de autorização ainda sob a égide da lei anterior. Um *ato surpresa* por parte do Estado, que importa em verdadeira limitação administrativa.<sup>524</sup> Nestes casos, impõe-se a responsabilização estatal, como sugerido por Valim,<sup>525</sup> e a indenização do particular, como indicado por Leonardo Coelho Ribeiro,<sup>526</sup> após a constatação dos requisitos necessários para a proteção da confiança, como instrumentos *repressivos* de amenização dos efeitos causados pelas alterações legislativas bruscas e drásticas.<sup>527</sup>

---

soma, a ser também gradualmente examinada, indicará se existem, ou não, mais justificativas para a proteção da confiança que o contrário. O exame desses critérios permitirá construir regras gerais de confirmação ou de infirmação da base da confiança (...). Trata-se, em vez disso, de indicar quais são os elementos e os critérios jurídicos que devem ser levados em consideração na aplicação do princípio da proteção da confiança nos casos em que o fato ocorrido ou o ato praticado no passado não se consumaram de acordo com a lei anterior, de modo que, presentes estes elementos, deve o aplicador utilizar os critérios indicados” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 386-387).

<sup>523</sup> BAPTISTA, Patrícia. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativa da Administração Pública..., p. 18.

<sup>524</sup> RIBEIRO, Leonardo Coelho. O novo marco regulatório dos portos..., p. 125.

<sup>525</sup> VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro...*, p. 125-127.

<sup>526</sup> RIBEIRO, Leonardo Coelho. O novo marco regulatório dos portos..., p. 125-26.

<sup>527</sup> Patrícia Baptista também indica a indenização como forma de minimizar os efeitos da ausência de previsão de normas transitórias. Segundo a mencionada autora, “a ineficácia da previsão de medidas transitórias, a ausência de termo a ser respeitado ou, ainda, a existência de um interesse público que inviabilize esses efeitos anteriores, pode levar à imposição de um dever de indenizar pela confiança frustrada, desde que estejam em causa interesses patrimoniais do particular que confiou, suscetíveis de conversão em pecúnia” (BAPTISTA, Patrícia. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativa da Administração Pública..., p. 19). Para a autora, em tais casos, o dano indenizável não é aquele que provém da incidência genérica de um ato normativo sobre todos os indivíduos; ao contrário, afigura-se indenizável tão somente o sacrifício específico e extraordinário em relação aos incômodos impostos pela vida em sociedade (BAPTISTA, Patrícia. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativa da Administração Pública..., p. 22).

Rafael Vêras de Freitas, ao refletir sobre as expropriações normativas, também dá destaque ao dever de indenização quando o exercício da função regulatória implicar em restrição ao direito de propriedade, como ocorreu no caso do setor portuário.<sup>528</sup> Em tais casos, o autor menciona que o Poder Público deverá ser responsabilizado com base no princípio da isonomia e no princípio da lucratividade, haja vista os danos anormais provocados aos particulares pela atuação normativa do Estado.<sup>529</sup> No caso da ofensa ao princípio da isonomia, o autor aduz que ela ocorre em razão do fato de que a regulação normativa que expropria o direito de propriedade do agente econômico o põe em situação de manifesta desigualdade em relação ao restante da sociedade. Por intermédio de restrições genéricas e abstratas impõe-se um dano anormal a um indivíduo em benefício de atividades de interesse público. Com efeito, para evitar situações de expropriação do direito de propriedade dos agentes econômicos (e isto, frise-se, vale tanto no âmbito legislativo, quanto no bojo das agências reguladoras), Freitas defende a adoção de um devido processo legal regulatório, especificamente no âmbito da chamada Análise de Impacto Regulatório (AIR), a qual será tratada de forma mais detalhada posteriormente no âmbito das agências reguladoras.<sup>530</sup>

---

<sup>528</sup> O caso mencionado trata de uma atuação *legislativa* que impacta no direito de propriedade dos agentes econômicos. Mas, conforme já exposto, a expropriação normativa também pode ocorrer por atuação das agências reguladoras, por meio de algum instrumento normativo de sua competência (como no caso analisado do serviço de telecomunicações).

<sup>529</sup> FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações normativas...*, p. 111. Para Rafael Vêras de Freitas, é o regime de responsabilidade extracontratual do Estado pela intervenção no domínio econômico que deve disciplinar os efeitos das expropriações normativas, tendo em vista que tais casos resultam em *sacrifícios de direitos*, para os quais o ordenamento jurídico brasileiro não prevê uma compensação prévia (FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações normativas...*, p. 115). O referido autor faz uma diferenciação entre situações que não possuem o devido processo legal expropriatório e as situações devidamente procedimentalizadas, destacando que nestas últimas não ocorre o dano e, portanto, o particular é apenas *compensado*, e não *indenizado*. Vale dizer, caso o Poder Público observe o devido legal expropriatório, quando da edição do ato normativo, restará ao particular tão somente o pagamento de uma mera *compensação*, que deverá ser prévia, justa e em dinheiro, conforme preceitua a Constituição Federal. Segundo Vêras de Freitas, o fundamento de tal compensação encontra fulcro no princípio da isonomia (sob a vertente do dever da repartição equânime dos encargos sociais), no princípio da liberdade de iniciativa, no direito de propriedade e no direito à indenização nas hipóteses de desapropriação, à luz do que dispõe o artigo 5º, inciso XXIV, do texto constitucional. Por outro lado, caso a regulação realize a expropriação da propriedade privada, sem a observância do devido processo legal expropriatório, então caberá ao particular postular, como dito, o pagamento de uma indenização pela prática de um ato ilícito (e neste caso, ao contrário da hipótese anterior, haverá dano), desde que comprovados três requisitos apontados pelo autor: a edição de um ato normativo que não respeitou a exigência do devido processo legal, o dano suportado e, por fim, o nexo de causalidade entre o ato normativo e o dano suportado pelo particular (FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações normativas...*, p. 119).

<sup>530</sup> FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações normativas...*, p. 160. Rafael Vêras de Freitas apresenta uma proposta para flexibilizar os efeitos das expropriações normativas. Anteriormente à edição de um ato normativo, o autor sugere que seja realizada uma chamada pública (o Chamamento Expropriatório), a fim de que os interessados, por intermédio de manifestações formais, comprovem os prejuízos que suportarão em razão da edição da proposta de ato normativo. No caso destes prejuízos serem comprovados, o autor salienta que eles deveriam ser objeto de uma Análise de Custo-Benefício, a fim de que seja aferido se os benefícios gerados pela proposta normativa superam esse custo relativo ao direito de propriedade do sujeito particular. Em caso positivo, deverá o Poder Público realizar a compensação do particular, *ex ante*, pelo valor correspondente à supressão de sua propriedade. Segundo tal proposta, o autor defende que seria atendida a exigência da observância de um

Analizadas as formas de superação da insegurança no tocante às alterações bruscas e drásticas, passa-se a analisar posteriormente o dever de elaboração de leis claras, precisas e estáveis, por parte do Poder Legislativo, como modo de minorar os efeitos que as inovações legislativas complexas, indeterminadas e excessivas geram aos agentes econômicos.

### **3.1.2 O dever do Poder Legislativo de elaborar leis claras, precisas e estáveis como forma de amenizar as inovações legislativas complexas, indeterminadas e excessivas**

Para além das reformas legislativas bruscas e drásticas, que causam problemas de calculabilidade, tem-se, em matéria de infraestrutura, inovações legislativas com grande complexidade ou indeterminação, ofensivas ao ideal de cognoscibilidade, e inovações legislativas excessivas, prejudiciais à confiabilidade. Para amenizar tais efeitos, as inovações legislativas devem ser *claras, precisas e estáveis*, a fim de evitar a confusão/engano e a frustração por parte dos agentes econômicos exploradores de infraestrutura.

Inicialmente cumpre alertar que, como se tem por óbvio, as prescrições normativas apenas podem guiar a conduta dos agentes se eles puderem compreender, de forma efetiva, aquilo o que de fato elas prescrevem. Isto é, as leis devem ser *claras e precisas*: é necessário, destarte, além de afastar descrições genéricas demais (indeterminação das leis), evitar uma demasiada pormenorização do tecido normativo regulatório (excessiva e desnecessária complexidade). O sentido do Direito deve ser claro e preciso, a fim de não suscitar a complexidade e a indeterminação dos seus destinatários, o que gera, em um primeiro momento, restrição ao ideal de cognoscibilidade, *enganando e confundindo* os agentes econômicos. Dessa maneira, a clareza das leis regulatórias depende de um meio-termo da particularização normativa: vale dizer, precisão demasiada da legislação regulatória induz à complexidade e, desse modo, impede a inteligibilidade do Direito pelo agente econômico, assim como prejudica o dever de generalidade das normas legislativas; pouca precisão, por outro lado, impede que o Direito exerça a sua função de orientação e impede que o agente econômico possa prever os efeitos atribuídos aos seus atos.<sup>531</sup>

Conforme exposto no primeiro capítulo, Rafael Valim indica o aspecto da *certeza* como um dos elementos indispensáveis do princípio da segurança jurídica, em aproximação à dimensão estática delineada por Humberto Ávila (ideal de cognoscibilidade). Nesse contexto,

---

devido processo legal expropriatório determinado pelo art. 5º, incisos XXIV e LIV, do texto constitucional, evitando-se, por exemplo, que o Poder Público seja demandado em uma ação por Responsabilidade Civil do Estado por Ato Lícito (FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações normativas...*, p. 180).

<sup>531</sup>

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 334-336.

o autor destaca que, para facilitar o controle das leis que atribuem competências administrativas, entra em discussão a exigência de determinabilidade das normas jurídicas, cujo conteúdo resume-se precipuamente em densidade e clareza normativas. Assim, Valim destaca a importância de que as leis habilitadoras de competências administrativas sejam claras, inteligíveis, coerentes, a fim de que os cidadãos possam orientar a sua conduta de acordo com o conhecimento prévio de seus direitos perante o Poder Público.<sup>532</sup>

Para além dos problemas relativos ao *engano* das leis, a excessiva complexidade da legislação regulatória em matéria de infraestrutura é também agravada por inovações legislativas excessivas, que, por sua vez, além de ofensa à cognoscibilidade, violam o ideal de confiabilidade, *frustrando* os agentes econômicos. Na verdade, o problema é uma via de mão dupla de causa/consequência: alteração excessiva da legislação induz à complexidade do tecido legislativo regulatório – porquanto dificulta a compreensão de qual lei está efetivamente vigente (o agente econômico não sabe a qual lei deve realmente obedecer, diante de um verdadeiro cenário de “babel normativa”, que gera *confusão/engano* e prejudica a capacidade de assimilação do conjunto normativo regulatório) –,<sup>533</sup> mas esta mesma complexidade também gera a alteração excessiva das leis em matéria de infraestrutura – pois a dificuldade de compreensão por parte dos receptores da norma induz à modificação frequente do ordenamento e faz com que a norma tenha pouca vida útil. É dizer, a norma demasiadamente complexa é *instável* e encontra-se constantemente na iminência de não mais subsistir no ordenamento jurídico. As excessivas reformas legislativas ocorridas no setor elétrico ilustram bem a afirmação. Várias das reformas implementadas não geraram os resultados esperados, muito em razão da intensa complexidade regulatória produzida, o que ocasionou várias alterações legislativas no setor.<sup>534</sup>

Em matéria de leis que regulamentam a infraestrutura é notório que há um incessante exercício da técnica legislativa (alterações legislativas excessivas), gerando instabilidade do ordenamento jurídico, a ponto de Fábio Nusdeo chamar atenção para o problema da “juridificação”<sup>535</sup> (que não se limita tão somente ao âmbito das agências reguladoras, como exposto no último capítulo). Para Ávila, a durabilidade do ordenamento jurídico configura uma condição de respeito ao ideal de confiabilidade, pois se ele for frequentemente modificado, os cidadãos terão dificuldade em saber a qual norma obedecer,

---

<sup>532</sup> VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro...*, p. 100-103.

<sup>533</sup> A expressão é de autoria de Fábio Nusdeo (NUSDEO, Fábio. *O direito econômico centenário...*, p. 123).

<sup>534</sup> PRADO, Mariana Mota. *O setor de energia elétrica...*, p. 3.

<sup>535</sup> NUSDEO, Fábio. *O direito econômico centenário...*, p. 123.



bem como terão relutância em agir, por não antever se as normas que conhecem e obedecem continuarão valendo no momento posterior. A modificação frequente da legislação regulatória, dessa forma, impede o devido planejamento por parte dos agentes econômicos.<sup>536</sup> O autor esclarece, por sua vez, que a exigência de *permanência* do ordenamento é em seu sentido objetivo, ou seja, como dever de o ordenamento jurídico – como um todo – ser estável, como condição de exercício das liberdades dos cidadãos. A estabilidade por intermédio da durabilidade do ordenamento, destarte, constitui uma condição essencial para a garantia da liberdade e para o funcionamento institucional.<sup>537</sup> Aliado à existência do problema de inovações legislativas excessivas na infraestrutura, tem-se, ainda, cláusulas de revogação genérica nos marcos regulatórios que acabam por gerar uma demasiada incerteza sobre as normas vigentes, tornando a ação do Estado deveras imprevisível.<sup>538</sup>

A *estabilidade* configura o segundo aspecto essencial do princípio da segurança jurídica delineado por Valim, a qual obsta que a ação dos agentes econômicos seja impactada por uma mudança de conduta desleal por parte do Estado.<sup>539</sup> Humberto Ávila, ao tratar da estabilidade, esclarece que o termo pode assumir vários significados. Mas é em relação ao seu aspecto objetivo que o conceito possui importância para o presente trabalho. O referido autor utiliza o vocábulo “permanência” para designar a exigência de estabilidade objetiva do ordenamento jurídico como um todo.<sup>540</sup>

Por conseguinte, como forma de atenuar os efeitos das inovações legislativas complexas e indeterminadas, as leis devem ser claras e precisas, assegurando a *certeza* e a *cognoscibilidade*. Já como modo de amenizar os efeitos das alterações legislativas excessivas, elas devem ser *estáveis*, a fim de garantir a *estabilidade* e a *confiabilidade* do ordenamento

---

<sup>536</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 357-358.

<sup>537</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 357-358.

<sup>538</sup> VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro...*, p. 93.

<sup>539</sup> VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro...*, p. 47.

<sup>540</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 356. A situação é diferente, todavia, para casos subjetivos, que não tratam do ordenamento jurídico como um todo, em seu aspecto objetivo. O autor realiza a distinção do seguinte modo: uma coisa é saber se a alteração normativa excessiva afeta a credibilidade do ordenamento jurídico como um todo, para o exercício da liberdade pela maioria dos cidadãos; outra, diferente, é saber se uma certa modificação normativa restringe o direito de liberdade de um indivíduo em específico. “Em algumas situações a mudança pode abalar a credibilidade institucional do Direito em determinada matéria, âmbito normativo, setor ou região; em outras situações, embora não tenha esse impacto, pode restringir injustificadamente o exercício passado da liberdade juridicamente orientada de alguém. Daí se afirmar que a estabilidade, pela durabilidade e credibilidade do ordenamento jurídico, é uma exigência objetiva decorrente do princípio da segurança jurídica, ao passo que a intangibilidade de situações subjetivas e individuais, pela proteção da confiança, é uma aplicação reflexa e limitada do princípio da segurança jurídica em decisiva conexão com os direitos fundamentais patrimoniais e não-patrimoniais” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 413-414).

jurídico regulatório. Uma das formas de garantir esta estabilidade consiste também na adoção de normas de transição, que foram estudadas no último tópico.<sup>541</sup>

Nesse cenário, o parágrafo único do artigo 59 da Constituição Federal dispõe que “lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis”. Foi nesse contexto que foi elaborada a Lei Complementar nº 95/1998, que estabelece critérios para melhorar a clareza e a precisão das normas em seu artigo 11, incisos I e II.<sup>542</sup> Além disso, a mencionada legislação também prevê em seu artigo 12 orientações relativas às alterações legislativas de fato.<sup>543</sup> A fim de conferir maior estabilidade em relação às leis vigentes e diminuir a complexidade das normas regulatórias (possibilitando o devido respeito aos ideais de confiabilidade e cognoscibilidade), o artigo 9º da Lei Complementar indicou a *técnica da revogação expressa*, por meio da qual o legislador é obrigado a dispor expressamente a respeito dos dispositivos que têm sua vigência afastada pela novel legislação.

---

<sup>541</sup> Portanto, a adoção de normas de transição, além de garantir o ideal de calculabilidade e amenizar o efeito de modificações legislativas bruscas e drásticas, também salvaguarda o ideal de confiabilidade e flexibiliza os efeitos de alterações legislativas excessivas.

<sup>542</sup> “Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: I - para a obtenção de clareza: a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando; b) usar frases curtas e concisas; c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis; d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente; e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico; II - para a obtenção de precisão: a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma; b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico; c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto; d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais; e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado; f) grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto; g) indicar, expressamente o dispositivo objeto de remissão, em vez de usar as expressões ‘anterior’, ‘seguinte’ ou equivalentes (...)”.

<sup>543</sup> “Art. 12. A alteração da lei será feita: I - mediante reprodução integral em novo texto, quando se tratar de alteração considerável; II - mediante revogação parcial; III - nos demais casos, por meio de substituição, no próprio texto, do dispositivo alterado, ou acréscimo de dispositivo novo, observadas as seguintes regras: b) é vedada, mesmo quando recomendável, qualquer renumeração de artigos e de unidades superiores ao artigo, referidas no inciso V do art. 10, devendo ser utilizado o mesmo número do artigo ou unidade imediatamente anterior, seguido de letras maiúsculas, em ordem alfabética, tantas quantas forem suficientes para identificar os acréscimos; c) é vedado o aproveitamento do número de dispositivo revogado, vetado, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou de execução suspensa pelo Senado Federal em face de decisão do Supremo Tribunal Federal, devendo a lei alterada manter essa indicação, seguida da expressão ‘revogado’, ‘vetado’, ‘declarado inconstitucional, em controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal’, ou ‘execução suspensa pelo Senado Federal, na forma do art. 52, X, da Constituição Federal’; d) é admissível a reordenação interna das unidades em que se desdobra o artigo, identificando-se o artigo assim modificado por alteração de redação, supressão ou acréscimo com as letras ‘NR’ maiúsculas, entre parênteses, uma única vez ao seu final, obedecidas, quando for o caso, as prescrições da alínea “c”. Parágrafo único. O termo ‘dispositivo’ mencionado nesta Lei refere-se a artigos, parágrafos, incisos, alíneas ou itens”.

Finalmente, também como forma de incrementar o ideal de cognoscibilidade, a Lei Complementar nº 95/1998 postula pela consolidação e codificação de todos os atos normativos em seu Capítulo III. No entanto, como se sabe, a codificação não configura uma característica tradicional do Direito Administrativo. Tal área é marcada pela existência de diversas leis dispersas – apesar da unidade sistemática de normas e princípios que formam este campo do Direito<sup>544</sup> – e, de modo específico, relativamente ao Direito Econômico e em matéria de infraestrutura,<sup>545</sup> caracterizado por variadas leis especiais, transitórias e circunstanciais que, na maioria das vezes, depende ainda da expedição de decretos pelo Poder Executivo e regulamentos e portarias das agências reguladoras.<sup>546</sup> Como lembra Francisco Amaral, a codificação simplifica o Direito e facilita o seu conhecimento, “dando-lhe ainda mais certeza e estabilidade”.<sup>547</sup> Permite, assim, que uma maior cognoscibilidade por parte do destinatário da norma jurídica seja alcançada. A codificação contribui para a promoção da segurança jurídica.<sup>548</sup> É necessário, pois, afastar a origem dos Códigos atrelada ao

---

<sup>544</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...*, p. 53-54.

<sup>545</sup> Como lembra Manuel Afonso Vaz em relação às normas de Direito Econômico: “não existe, regra geral, uma codificação, em textos sistematizados, de normas de direito econômico. Estas encontram-se dispersas pelos mais variados diplomas legais, sendo, muitas vezes, a sua coordenação e compatibilização difícil. A constante alteração (mobilidade) e a dispersão de normas sobre o mesmo objeto por vários diplomas fazem com que seja difícil, por vezes, definir claramente o estatuto jurídico de certas matérias” (VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico...*, p. 89).

<sup>546</sup> VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro...*, p. 94. O artigo 13 da Lei Complementar nº 95/1998 dispõe que: “As leis federais serão reunidas em codificações e consolidações, integradas por volumes contendo matérias conexas ou afins, constituindo em seu todo a Consolidação da Legislação Federal”.

<sup>547</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 158. Francisco Amaral salienta que: “entende-se que a ideia de sistema permite uma compreensão melhor do direito, não só de ordem didática como também de direito comparado, na medida em que autoriza o confronto e relacionamento entre sistemas diversos. Além disso, possibilita compreender a matéria social em que se insere o sistema jurídico, isto é, as relações sociais e os valores determinantes do agir em sociedade e, ainda, a interpenetração do direito com os demais sistemas que formam o universo social, como o econômico, o político e o religioso. (...) A ideia de sistema liga-se diretamente à de codificação, agrupamento de normas jurídicas da mesma natureza em um corpo unitário e homogêneo. (...) A codificação apresenta vantagens, como a de simplificar o sistema jurídico, facilitando o conhecimento e a aplicação do direito, permitindo ainda elaborar os princípios gerais do ordenamento que ‘servirão de base para adaptar o direito à complexidade da vida real’, o que explica o triunfo da codificação nos três séculos. Como inconveniente, afirma-se que a codificação impede o desenvolvimento do direito, produto da vida social que não pode ficar circunscrito, limitado, aprisionado por estruturas formais e abstratas” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil...* p. 157-159). O Direito Administrativo, por outro lado, em que pese possua um sistema jurídico coerente e lógico, formado por regras e princípios específicos deste saber jurídico, não é codificado e apresenta leis dispersas como, por exemplo, a Lei nº 9.784/1999 (a Lei de Processo Administrativo), a Lei nº 8.112/1990 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União) e as variadas leis que regem a contratação administrativa como a Lei nº 8.666/1993 (a Lei de Licitações e Contratos Administrativos), a Lei nº 8.987/1995 (a Lei Geral de Concessões) e a Lei nº 11.079 (a Lei das Parcerias Público-Privadas). Ademais disso, cumpre repisar que a codificação esteve historicamente atrelada à esfera do Direito Privado, como garantia das liberdades civis, garantindo a autonomia do indivíduo frente ao Estado. No caso do Direito Público, foram as Constituições e as Declarações de Direito que cumpriram historicamente esta função (AMARAL, Francisco. *Direito Civil...* p. 159).

<sup>548</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 319. “A aceitação de que a codificação é importante fator de segurança jurídica não implica o acolhimento de que ela fornece, por si só, segurança

individualismo jurídico próprio do pensamento liberal e trazer também as suas vantagens para a seara do Direito Administrativo, como forma de assegurar a cognoscibilidade, mormente em matéria de infraestrutura.

Em que pese legislação complementar não possua hierarquia superior em relação às demais leis ordinárias, resta evidente que os dispositivos da Lei Complementar nº 95/1998 necessitam ser mais observados na elaboração dos marcos regulatórios de infraestrutura.<sup>549</sup> Não basta a mera previsão de “conselhos de técnica legislativa” pelo Poder Legislativo se o próprio Parlamento elabora marcos regulatórios de infraestrutura indeterminados, complexos e confusos, que acabam por prejudicar a capacidade de orientação dos agentes econômicos, gerando confusão/engano e frustração. É necessário, portanto, colocar em prática, efetivamente, as normas veiculadas que visam à edificação de um “ordenamento ordenado”.<sup>550</sup>

As proposições apresentadas neste subcapítulo configuram apenas algumas sugestões que visam a afastar os efeitos das inovações legislativas em matéria de infraestrutura, seja em relação às alterações bruscas e drásticas (mediante, especialmente, a previsão de normas de transição), seja no tocante às alterações excessivas, seja em relação à complexidade e indeterminação da legislação regulatória. Após a exposição de propostas de efetivação dos ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade no âmbito do Poder Legislativo, passa-se a dissertar sobre a concretização do princípio da segurança jurídica no horizonte do Poder Executivo, inclusive em relação às agências reguladoras.

### **3.2 A segurança jurídica pelo Poder Executivo: a regulação por contrato e por agência**

No presente subcapítulo, serão apresentadas algumas propostas em relação à efetivação do princípio da segurança jurídica pelo Poder Executivo, seja no bojo dos chamados contratos administrativos pactuados pela Administração Pública (que incluem as autorizações regulatórias), seja no tocante à insegurança gerada pela atuação normativa das

---

jurídica. Ela é apenas um meio, dentre outros, para incrementar a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade do Direito” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 319).

<sup>549</sup> Segundo Rafael Valim, “estas não são meros *conselhos de técnica legislativa* às autoridades, mas pressupostos de validade dos instrumentos normativos por ela produzidos, cuja inobservância deve ser sancionada pelo órgão judicante” (VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro...*, p. 92).

<sup>550</sup> O pleonasmo é autoria de Rafael Valim, como o próprio autor denomina (VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro...*, p. 92).

agências reguladoras que, apesar de serem autônomas em relação ao núcleo central de atuação do Poder Executivo, também foram incluídas para análise neste parte da dissertação.

Desse modo, em um primeiro momento, serão expostas propostas de efetivação do princípio da segurança jurídica no seio dos contratos administrativos (contratos de desembolso e contratos de investimento), sejam autorizações regulatórias. Após análise no âmbito dos contratos, discutir-se-á a concretização da segurança jurídica no âmbito da atuação das agências independentes, apresentando-se propostas como o *due process of law making* e o debate a respeito da Análise de Impacto Regulatório (AIR). Cumpre destacar, por oportuno que seja, que os instrumentos de AIR não se restringem à utilização no âmbito da competência normativa das agências reguladoras, porquanto, conforme exposto, o Poder Legislativo também atua na elaboração de normas regulatórias. Assim, instrumentos de AIR também podem servir como uma forma de abrandamento da insegurança no tocante às inovações legislativas bruscas, excessivas e com alto teor de complexidade e indeterminação.

### **3.2.1 A segurança jurídica no horizonte dos contratos regulatórios**

Inicialmente, em matéria de contratos administrativos regulatórios, destacou-se no capítulo anterior que um dos principais problemas que assolam os parceiros que contratam com o Poder Público consiste no cenário de generalizada quebra contratual, que abala de modo demasiado a confiança do cidadão na conduta estatal. Ao não respeitar as cláusulas contratuais, o Estado quebra a relação de lealdade inicialmente criada e frustra a confiança do particular, ofendendo o ideal de confiabilidade. Além disso, a inexistência de instrumentos efetivamente práticos no ordenamento jurídico e que resolvam o impasse gerado pelo inadimplemento contribui sobremaneira para a sensação de onipotência do Poder Público, aumentando a desconfiança do parceiro privado na conduta estatal.

Por conseguinte, a fim de gerar um cenário de maior segurança jurídica nos setores de infraestrutura, é essencial que haja efetivos instrumentos jurídicos postos à disposição dos agentes econômicos (para além das morosas e infrutíferas ações judiciais de cobranças no caso dos contratos de desembolso – onde o problema do inadimplemento originado pela Administração é agravado em razão da participação de um novo personagem da insegurança, o Poder Judiciário), que coíbam a quebra contratual da Administração Pública e garantam segurança jurídica aos contratos de infraestrutura. Alguns destes instrumentos já estão previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Outros, no entanto, ainda precisam ser elaborados.

No caso da ausência de pagamento (ou pagamento com atraso) dos contratos de desembolso, Joel de Menezes Niebuhr cita alguns destes instrumentos para coibir a quebra contratual perpetrada pelo Poder Público. Um deles reside no dever de motivação sobre todos os atos da Administração. Como, por exemplo, nos casos em que o particular executa devidamente o objeto do contrato administrativo, mas a Administração não realiza a necessária medição, o que é muito frequente na prática administrativa. O parceiro privado deveria requerer ao Poder Público que motivasse a conduta e explicasse as razões pelas quais se recusa a proceder às devidas medições.<sup>551</sup> Ou, ainda, suponha-se que a fatura não é paga. O agente econômico poderia exigir motivação sobre as causas deste atraso. A simples motivação não resolve por si só o impasse, mas pode servir como um constrangimento ao agente público irresponsável, que terá a sua conduta exposta.<sup>552</sup> Mas talvez o instrumento jurídico mais útil no combate ao inadimplemento seja o previsto no artigo 5º, da Lei nº 8.666/1993, dispositivo que preceitua que os pagamentos aos particulares devem ser realizados na ordem cronológica das datas de suas exigibilidades. Tal medida pode ser muito útil aos particulares, haja vista que possui o condão de compelir a Administração a honrar (devida e imediatamente) os seus compromissos contratuais.<sup>553</sup> Na realidade, este instrumento pode servir também como um antídoto temporário em relação à morosidade do Judiciário (um mero paliativo, frise-se). Explica-se: a ordem dos pagamentos é estabelecida por fonte de recurso, isto é, todos os pagamentos devidos em virtude de contratos oriundos da mesma fonte de recursos devem seguir uma ordem cronológica, nos termos do previsto pelo referido dispositivo da Lei de Licitações. Com efeito, os particulares possuem o direito subjetivo a que os pagamentos devidos pelo Poder Público respeitem a devida ordem cronológica de suas exigibilidades. Assim, as empresas contratadas têm a opção de exigir no Poder Judiciário, por meio de mandado de segurança, que a ordem cronológica de exigibilidade dos créditos seja devidamente respeitada; o que, inclusive, já foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça,

---

<sup>551</sup> Conforme esclarece o autor, “um dos estratagemas da Administração mais frequente para driblar as normas sobre execução de despesas é não receber os objetos contratuais. No linguajar que é mais usado pelas empresas privadas, a Administração recusa-se a fazer as medições e receber as notas de faturamento emitidas pelas empresas contratadas. A empresa cumpre o contrato, porém a Administração não mede, não reconhece que o contrato foi cumprido. Tecnicamente, a Administração não procede à liquidação da despesa (arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320/64). Com esse estratagema, a Administração quer fazer parecer que o contratado não cumpriu suas obrigações e, em razão disso, a Administração pretende eximir-se da obrigação de pagar, ocultando a sua inadimplência. Trata-se de fraude manifesta. Os agentes administrativos envolvidos devem ser responsabilizados severamente (NIEBUHR, Joel de Menezes. O que fazer diante do inadimplemento da Administração Pública?...).

<sup>552</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. O que fazer diante do inadimplemento da Administração Pública?...

<sup>553</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. O que fazer diante do inadimplemento da Administração Pública?...

em acórdão prolatado no julgamento do Recurso Especial nº 1095777/MG.<sup>554</sup> Os particulares, então, possuem o direito de requerer medidas liminares, sem precisar aguardar a finalização de uma morosa ação de cobrança, para que seja determinado que o Poder Público respeite a ordem para os pagamentos das faturas. Niebuhr destaca que o reconhecimento de que os parceiros têm direito subjetivo a que os pagamentos sejam realizados na ordem cronológica de suas exigibilidades configura um precioso instrumento para conferir certa margem de segurança jurídica, benéfica para todas as partes envolvidas na relação contratual.<sup>555</sup>

Entretanto, por óbvio, o referido instrumento jurídico não pode ser encarado como um antídoto definitivo. Trata-se de apenas uma medida paliativa. Nesse contexto, Samuel Miranda Arruda alerta que o Poder Judiciário, em grande parte dos casos, limita-se a mitigar os efeitos da morosidade por intermédio da concessão de medidas liminares – que são decisões rápidas, mas precárias e incertas –, flexibilizando alguma das consequências mais intensas da demora do processo, mantendo-se, contudo, a insegurança jurídica e ofendendo cláusulas como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.<sup>556</sup> Os instrumentos

---

<sup>554</sup> “PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA PARA IMPEDIR PAGAMENTO SEM OBSERVÂNCIA DA ORDEM CRONOLÓGICA - ART. 5º DA LEI 8.666/93 - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - CONSEQUÊNCIA REFLEXA - PAGAMENTO DA DÍVIDA - DEMONSTRAÇÃO DO INTERESSE PROCESSUAL - .1. Não se confunde a ação de cobrança com o mandado de segurança impetrado para exigir obediência à ordem de pagamento das dívidas de cada unidade da Administração, conforme o art. 5º da Lei 8.666/93. 2. O pedido imediato no mandado de segurança tem como propósito obter provimento mandamental que garanta ao credor de débito mais antigo preferência sobre o credor titular de crédito mais recente, quanto ao pagamento, nos termos da lei que estabelece critérios para a Administração pagar aos seus credores. 3. Tal pretensão não se confunde com a contida na ação de cobrança, em que o credor exige direta e imediatamente o adimplemento do débito em juízo. 4. Inviável o conhecimento do dissídio jurisprudencial, por tratar o paradigma de matéria fática diversa da que serve de suporte para o acórdão impugnado. 5. É manifestamente inadmissível o recurso especial que não ataca os fundamentos do acórdão recorrido, conforme dispõe a Súmula 283/STF. 6. Não compete ao STJ o exame de matéria constitucional em instância extraordinária. 7. Recurso especial da CCR - CONSTRUÇÕES CIVIS E RODOVIÁRIOS LTDA não conhecido, sendo conhecido em parte, mas não provido o recurso especial do MUNICÍPIO DE MATOZINHOS” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). REsp nº 1095777/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01/09/2009, DJe 22/09/2009).

<sup>555</sup> Joel de Menezes Niebuhr esclarece que tais decisões liminares não frustram a sistemática de execução contra a Fazenda Pública, isto é, acerca do regime dos precatórios. Segundo o autor, “perceba-se que o Judiciário, ao deferir medidas fundadas no *caput* do art. 5º da Lei nº 8.666, está apenas condenando a Administração à obrigação de não fazer, a se abster de fazer pagamentos fora da ordem cronológica de suas exigibilidades. Tais decisões não obrigam ao pagamento e, por via de consequência, por meio delas não se frustra a sistemática de execução contra a Fazenda Pública, sustentada sob o regime dos precatórios, prescrito no art. 100 da Constituição Federal. De todo modo, o importante é que tais medidas acabam, de maneira indireta, ainda que não visem à cobrança ou execução, por inibir o inadimplemento da Administração. Ocorre que, se o crédito de determinado contratado for o primeiro da fila e se ele obtiver decisão, especialmente de ordem liminar, que impeça a Administração de quebrar a ordem cronológica, ela inevitavelmente, se não conseguir reverter a situação, acabará pagando o que lhe é devido. Isso porque, em caso contrário, não poderá pagar nenhum outro contratado, colocando, daí, deliberadamente, em perigo a continuidade de suas atividades e dos serviços públicos acaso prestados por ela” (NIEBUHR, Joel de Menezes. O que fazer diante do inadimplemento da Administração Pública?...).

<sup>556</sup> ARRUDA, Samuel Miranda. Comentários ao artigo 5º, inciso LXXVIII. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 510.

que contribuem na flexibilização da demora de resolução dos litígios judiciais serão melhor abordados ainda no subcapítulo subsequente do presente capítulo.

Para além da medida já prevista no ordenamento em relação à ordem cronológica para pagamento de contratos (artigo 5º, da Lei nº 8.666/1993), Niebuhr propõe ainda meios realmente efetivos para que os particulares exijam o cumprimento desta ordem, sancionando-se o seu descumprimento, e sem precisar recorrer ao Poder Judiciário por meio de um mandado de segurança. O mencionado autor – à semelhança do que prevê o artigo 100, §6º, da Constituição (que autoriza o sequestro dos valores dos precatórios preteridos nas contas públicas) – sugere que a mesma sanção (sequestro) deveria ocorrer em relação à inadimplência dos contratos administrativos. Afinal, é em razão da existência da possibilidade de sequestro que a ordem dos precatórios é respeitada e a ordem dos contratos não.<sup>557</sup>

Demais disso, Fernando Vernalha Guimarães propõe a criação de sistemas de cadastramento e de *rating* do inadimplemento contratual das Administração como modo de solucionar o impasse do calote do Poder Público. Nas relações privadas os sistemas de restrição ao crédito funcionam como fortes indutores para a conduta contratualmente desejada. Em relação à Administração Pública, todavia, não existem sistemas de restrição de crédito, o que talvez explique um déficit de incentivo ao Poder Público para o devido cumprimento de contratos; aliás, é lamentável que a Administração precise de incentivos mais diretos para isso. Para o autor, a solução para o impasse passa pela instituição de um cadastro das Administrações inadimplentes, que configuraria um sistema de cadastro público para indicar os entes públicos que possuem dívida contratual. Com a configuração da dívida, o contratado poderia informá-la ao sistema de cadastramento, que, por sua vez, a incorporaria para a finalidade de formação do nível de inadimplência contratual de cada Administração. A partir de certo grau de inadimplemento, o ente público ficaria sujeito a sanções mais graves, como, por exemplo, a suspensão de sua aptidão para receber transferências da União.<sup>558</sup>

No caso da quebra contratual dos contratos de investimento (os denominados contratos de longa duração), recorde-se que em agosto de 2015 o Ministério da Fazenda constituiu um grupo de trabalho com o fito de aprimorar o ambiente de negócios e a infraestrutura nacional e atrair mais investimentos estrangeiros. Entre as complicações

---

<sup>557</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. 10 medidas de combate à insegurança jurídica e ao inadimplemento da Administração Pública em contratos administrativos. *Direito do Estado*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/10-medidas-de-combate-a-inseguranca-juridica-e-ao-inadimplemento-da-administracao-publica-em-contratos-administrativos>>. Acesso em: 27 out. 2016.

<sup>558</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O *rating* do inadimplemento contratual das Administrações...



constatadas constam aquelas relativas à execução contratual nos projetos de investimento de longo prazo. Foi nesse contexto que se elaborou o anteprojeto do PPP MAIS. Segundo Egon Bockmann Moreira, que participou das discussões do referido grupo, o PPP MAIS possuía a pretensão de implantar contratos público-privados avançados, que vão além das parcerias público-privadas instituídas pela Lei nº 11.079/2004. Inicialmente destinado a um número limitado de projetos, o modelo pretendia ser expandido, disciplinando desde a sua estruturação até a efetiva execução contratual do projeto. O autor cita seis pontos-chave para compreensão do Programa do PPP MAIS: i) a criação do Conselho Nacional do PPP MAIS, com o objetivo de instituir centralização estratégica e transparente, diminuindo a burocracia e conferindo agilidade aos projetos de infraestrutura; ii) a estruturação e seleção especial de projetos de interesse nacional e prioritário; iii) a contratação diferenciada de projetos; a iv) a criação de contratos público-privados avançados, com intervenção mínima do Poder Público na execução contratual, paralelamente à instituição de garantias para a aplicação dos preços e tarifas contratualmente definidos; v) a criação de uma sociedade anônima estatal; e vi) a diretriz de convivência e interação cooperativa entre os órgãos e entidades que elaborarão as PPPMAIS. Em relação à execução contratual, o anteprojeto estipulava regras explícitas e limitadas para eventual alteração do contrato, com restrição à celebração de termos aditivos. Segundo Carlos Ari Sundfeld e Egon Bockmann Moreira, “é preciso superar a prática atual, em que o pactuado inicialmente nos contratos de concessão acaba por não ser de fato vinculante nem para a administração nem para o concessionário. Daí as fortes medidas, previstas no art. 22, contra fatos que terminam por se consumir em simples alterações informais dos contratos de concessão, ocorridas durante sua execução”.<sup>559</sup> O PPP MAIS configurava um Programa que possuía a pretensão de estabelecer eficiência nas contratações públicas, aliada à necessidade de segurança jurídica na execução contratual.

Infelizmente, o anteprojeto em questão acabou não entrando em pauta no Congresso; todavia, no ano seguinte, influenciou, em certos pontos, a edição da Medida Provisória nº 727/2016 (posteriormente convertida na Lei nº 13.334/2016), que instituiu o denominado Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), possuindo entre os seus objetivos a necessidade de segurança jurídica nos projetos de infraestrutura.<sup>560</sup> Um exemplo de um ponto que foi importado do PPP MAIS pelo PPI consiste no denominado “consórcio especial de

---

<sup>559</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; MOREIRA, Egon Bockmann. PPP MAIS..., p. 19-20.

<sup>560</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. PPP MAIS: seis pontos-chave para dar início ao debate. *Gazeta do Povo*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/ppp-mais-seis-pontos-chave-para-dar-inicio-ao-debate-6qt61z58aek1hpm2s2d138sm8>>. Acesso em: 2 out. 2016.

liberações”. Como se sabe, em matéria de liberações para a execução de empreendimentos de infraestrutura um dos principais problemas consiste na pulverização de competências para emitir tais licenças, nas diversas entidades federativas, e a grande instabilidade que isso causa para os agentes econômicos. Definitivamente não se consegue antecipar os licenciamentos em matéria de infraestrutura. Como o Poder Público não consegue realizar isso de maneira prévia, os projetos são elaborados de forma muito genérica, e a responsabilidade remanesce para o particular obter tudo depois. É uma descoordenação muito grande, que o PPI procura justamente combater. Assim, a legislação impôs o dever, sob a convocação da autoridade criadora do empreendimento, de que todas as autoridades competentes para emitir tais licenças atendam a convocação para atuarem em conjunto e de forma uniforme a respeito da deliberação sobre a execução do empreendimento. Apesar da previsão no anteprojeto do PPP MAIS ser mais detalhada (artigo 25),<sup>561</sup> o artigo 17 da Lei nº 13.334/2016 importou o cerne da proposta e expressamente admitiu a possibilidade ao dispor que “os órgãos, entidades e autoridades estatais, inclusive as autônomas e independentes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com competências de cujo exercício dependa a viabilização de empreendimento do PPI, têm o dever de atuar, em conjunto e com eficiência, para que sejam concluídos, de forma uniforme, econômica e em prazo compatível com o caráter prioritário nacional do empreendimento, todos os processos e atos administrativos necessários à sua estruturação, liberação e execução”.

Além disso, outro ponto que foi importado pelo PPI consiste num dos principais objetivos que caracterizavam o PPP MAIS, qual seja, o objetivo de instituir centralização estratégica e transparente, especialmente por meio da criação do Conselho Nacional do PPP MAIS. Vale dizer, a construção de políticas setoriais *de forma coordenada*. O Estado brasileiro não conseguiu, na grande maioria dos setores de infraestrutura, construir previamente e de forma coordenada políticas públicas pautadas na longa duração. O que aconteceu na maioria das vezes foram políticas públicas decorrentes de decisões *ad hoc*. Importando as ideias do PPP MAIS, o PPI talvez possua a virtude de instituir tais políticas setoriais de forma coordenada, mormente diante da criação do Conselho do Programa de

---

<sup>561</sup>

No anteprojeto do PPP MAIS, por exemplo, havia a previsão de possibilidade de ingressar com uma ação judicial (no caso de recusa, resistência ou retardamento injustificado da celebração da convenção), por parte da entidade titular do empreendimento, para a imposição de cominação ou para suprimimento judicial da adesão do órgão ao consórcio, conforme previsão do seu artigo 25, §5º (SUNDFELD, Carlos Ari; MOREIRA, Egon Bockmann. PPP MAIS..., p. 41-42).

Parcerias de Investimentos da Presidência da República – CPPI, à semelhança do anteprojeto do PPP MAIS.<sup>562</sup>

Nesse contexto, é necessário repisar que, quanto maior a proximidade entre o Poder Público e o particular, maior será a relação de lealdade criada, e tanto maior será a *frustração* com a modificação posterior da conduta estatal.<sup>563</sup> Lembre-se justamente que, para Pedro Gonçalves, a categorização de um contrato como regulatório enfatiza uma opção por um modelo de regulação baseado no consenso e não na hierarquia. “Em especial, a escolha do contrato neste contexto denota a preferência por um modelo de regulação que confere uma *proteção reforçada* aos regulados, designadamente ao tutelar a confiança que depositam nas normas (contratuais) regulatórias, uma vez que, em caso de alteração dessas normas, emerge em benefício deles um direito à reposição do equilíbrio inicial”.<sup>564</sup> É verdade que, todavia, tal direito deverá ser assegurado em outra instância, qual seja, o Poder Judiciário, também fonte de insegurança na infraestrutura. Mas, ainda assim, configura uma proteção reforçada para os agentes econômicos.

E exatamente por isso insistiu-se, também, na leitura contratual das autorizações regulatórias, de setores como portos e telecomunicações. Tais instrumentos não se revestem da característica tradicional da precariedade e da unilateralidade que caracterizava as tradicionais figuras da autorização do poder de polícia. Configuram, pois, efetivos contratos regulatórios. A leitura contratual destas autorizações permite a garantia de um estado mais elevado de segurança jurídica para os agentes econômicos envolvidos na exploração da infraestrutura. Isto é, a configuração de uma autorização como efetivo contrato regulatório permite justamente uma *proteção reforçada* aos sujeitos regulados, pois, afinal, trata-se, efetivamente, da “criação de uma nova situação jurídica (que antes não existia e que deixará de existir quando extinta autorização)” e que surge “sob regime de direitos, deveres estatutários e obrigações contratuais derivadas do ato administrativo autorizador”.<sup>565</sup> Por consequência, ainda que a atividade esteja sob exploração privada, a natureza da autorização será contratual, como forma de consolidação de segurança jurídica aos particulares. Nesse passo, e em oposição ao entendimento de Maria Sylvia Zanella di Pietro – que entende que a

---

<sup>562</sup> Tal previsão está disposta no artigo 7º, da Lei nº 13.334/2016. Também com fulcro na ideia de maior centralização dos projetos, o artigo 4º, inciso I, do referido diploma legal dispõe que: “o PPI será regulamentado por meio de decretos que, nos termos e limites das leis setoriais e da legislação geral aplicável, definirão: I - as políticas federais de longo prazo para o investimento por meio de parcerias em empreendimentos públicos federais de infraestrutura e para a desestatização”.

<sup>563</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 406.

<sup>564</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante...*, p. 139.

<sup>565</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público...*, p. 69.

“privatização” ocorrida por meio de autorização viola a segurança jurídica –,<sup>566</sup> a atribuição de atividades aos particulares no artigo 21 da Constituição, mediante o instrumento da autorização regulatória, por meio de uma roupagem manifestamente *contratual*, é uma forma de salvaguarda dos direitos dos sujeitos econômicos envolvidos, à luz do princípio da segurança jurídica. Vale dizer, o instrumento do contrato é benéfico aos parceiros particulares que buscam algum tipo de parceria com o Poder Público, pois externaliza, desde o começo da relação contratual, os direitos e os deveres a que as partes estarão incumbidas, *reforçando* a proteção dos regulados. Por tais motivos, frise-se, insistiu-se em inserir as autorizações regulatórias dentro do gênero contratos regulatórios.

Todavia, os exemplos expostos no segundo capítulo demonstram que, apesar da proteção reforçada proporcionada pela natureza contratual das autorizações (e todas as garantias que o instrumento do contrato apresenta para os parceiros particulares), os agentes econômicos ainda vivenciam uma conjuntura de insegurança na exploração da infraestrutura. Destarte, ainda que a roupagem contratual das autorizações regulatórias *contribua* na defesa da situação jurídica dos agentes econômicos e configure uma *proteção reforçada*, ela não configura uma característica *suficiente* de segurança, pois ainda existirão situações ensejadoras de insegurança jurídica na execução dos contratos regulatórios. Afinal, os problemas de insegurança estão todos interligados. A insegurança jurídica, apesar dos vários atores, é uma só, gerada a todo momento pelos três Poderes Públicos, no bojo dos contratos, pelas agências reguladoras, em razão de alterações legislativas, pela morosidade do Poder Judiciário etc. Como exemplo, no caso do setor dos portos, a atuação discricionária do Poder Público, como são as hipóteses de ingerência da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) no decorrer da execução do contrato ou, ainda, a intervenção regulatória à propriedade por meio da limitação à expansão territorial de Terminal de Uso Privado original, conforme previsão do artigo 35, parágrafo único, inciso II, do Decreto nº 8.033/2013 (uma verdadeira hipótese de expropriação normativa regulatória).

Constata-se, então, que não é suficiente contratualizar a relação jurídica no seio de uma autorização, tendo em vista que as próprias cláusulas contratuais são discricionárias e

---

<sup>566</sup> Maria Sylvia Zanella di Pietro critica ostensivamente a sistemática adotada na Lei Geral de Telecomunicações ao classificar o serviço de telecomunicações em dois tipos de serviço. Para a autora: “o que a lei fez foi privatizar (não a execução do serviço, como ocorre na autorização, permissão ou concessão) mas a própria atividade ou, pelo menos, uma parte dela, o que não encontra fundamento na Constituição. (...) A sistemática adotada na Lei 9.472, se considerada vantajosa em relação à anterior, dependeria, para ter validade, de alteração da Constituição. Sua adoção por lei que se revela, sob muitos aspectos, inconstitucional constitui apenas um dos exemplos do avanço do direito administrativo em relação ao constitucional em franco desprestígio à nossa Constituição e ao princípio da segurança jurídica” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública...*, p. 143-144).

permitem uma atuação arbitrária por parte da Administração na execução da relação contratual. Não é suficiente conferir garantias contratuais, se o Poder Público possui elevada tendência a não respeitar as suas cláusulas, levando, na maioria das vezes, a controvérsia para discussão no Poder Judiciário (em verdade, a contratualização permite a verificação do incumprimento contratual, que possui a vantagem de configurar-se mais facilmente como um ato ilícito, abrindo, assim, a possibilidade de recorrer-se ao Poder Judiciário).<sup>567</sup> Ainda, não é suficiente contratualizar a autorização se o próprio Poder Público emite normas que acabam por verdadeiramente expropriar os direitos de propriedade envolvidos na exploração da infraestrutura. A leitura contratual contribui, mas não é suficiente. Como dito, a contratualização permite que os agentes econômicos busquem o cumprimento dos seus direitos no Poder Judiciário por meio da indicação do incumprimento contratual. Por isso, afirma-se que, em matéria de infraestrutura, a segurança deve vir de *todo lugar*. Todos os Poderes Públicos, Legislativo, Executivo e Judiciário, devem atuar em prol da diminuição do horizonte de insegurança (que, frise-se, é *uma só*), a fim de que o resultado final seja um grau de insegurança considerado aceitável.

Com efeito, uma boa proposta consiste no *sistema duplo de regulação* (regulação *por contrato* combinada com regulação *por agência*), apresentado por Pedro Gonçalves. Tal sistema pretende introduzir no processo regulatório “as vantagens do compromisso contratual (com a diminuição da discricionariedade regulatória da agência) e da proteção reforçada do equilíbrio entre o que se exige da empresa regulada e o que se lhe dá em troca, em termos de garantia do retorno do investimento efetuado”.<sup>568</sup> O autor dá ênfase à regulação por contrato ao afirmar que “em certos contextos, a regulação por contrato revela-se um instrumento essencial para atrair investimentos privados que, de outro modo, só como a regulação por

---

<sup>567</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante...*, p. 141.

<sup>568</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante...*, p. 140-141. Segundo Pedro Gonçalves, o contrato regulatório (do tipo concessório) e a regulação por contrato não têm de excluir a regulação por agência, havendo até quem entende que se trata de uma falsa dicotomia. Sem ir tão longe nestas considerações, porquanto qualquer um dos modelos de regulação pode excluir o outro, tem de se reconhecer que a regulação por contrato – enquanto *estratégia regulatória* e não apenas enquanto *técnica regulatória* – pode conviver com a regulação por agência. *Hoc sensu*, não se exclui que haja setores e empresas reguladas por contrato (de concessão) e por agência reguladora. No direito português assim sucede exatamente no domínio da regulação dos serviços públicos de abastecimento de água, de tratamento de águas residuais e de recolha de resíduos sólidos, bem como no da regulação do transporte e da distribuição de energia elétrica. Em qualquer destes casos, as empresas titulares das atividades submetem-se a uma regulação por agência (Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, no primeiro caso, e Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, no segundo) e a uma regulação por contrato (contratos de concessão com os municípios ou com o Estado) (GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante...*, p. 140). Apesar do referido autor analisar o cenário do direito português, é cediço que, no caso brasileiro, a maioria dos setores da economia são regulados de forma dúplice: isto é, tanto por intermédio de contratos regulatórios (incluindo-se as autorizações regulatórias) quanto pela respectiva agência reguladora do setor.

agência, não se realizariam”.<sup>569</sup> E destaca, por fim, que “a regulação administrativa por contrato e, em consequência, o contrato regulatório impõem-se, com toda a naturalidade, como modelos de partilha do poder de administrar e de regular entre agências e regulados”.<sup>570</sup> Mas, para que tal sistema seja efetivo e inexistam conflitos na execução contratual, a agência não deveria atuar como Poder Concedente no seio de um contrato administrativo, a fim de que seja devidamente mantida a sua autonomia no processo regulatório e exerça uma regulação “de fora”.

Portanto, o recurso à concorrência pelo mercado não dispensa a função regulatória das agências.<sup>571</sup> A regulação por parte de tais entidades demonstra-se essencial para o bom desenvolvimento da economia nacional e, em função disto, passa-se a expor sugestões de melhoria do ambiente regulatório brasileiro pelas agências reguladoras, mormente a partir de sua competência regulatória normativa.

### **3.2.2 A segurança jurídica no âmbito das agências reguladoras**

Nesse ponto, alcança-se novamente o debate das agências reguladoras, que, conforme exposto, identificam-se por serem autarquias públicas em regime de caráter especial, integrando, por conseguinte, o espaço de atuação do Poder Executivo. Por isso, serão também estudadas no subcapítulo relativo a este Poder (apesar de caracterizarem-se por serem autônomas em relação ao núcleo de atuação central do Executivo).

Conforme exposto no capítulo precedente, o exercício da competência normativa regulatória das agências pode implicar em ofensa aos ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade. Alterações bruscas e excessivas de normas regulatórias geram graves problemas em setores de elevada importância da economia, além de determinadas normas possuírem problemas relativos à indeterminação e complexidade em sua redação, causando engano aos agentes econômicos privados. Além do mais, a atuação normativa das agências pode acabar por prejudicar os direitos de propriedade dos sujeitos particulares (a denominada expropriação normativa);<sup>572</sup> e, finalmente, a atuação discricionária destas agências, como no caso do setor portuário, pode gerar elevada incerteza aos agentes econômicos na infraestrutura. Deve-se, pois, criar um ambiente em que as agências

---

<sup>569</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante...*, p. 141.

<sup>570</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante...*, p. 129.

<sup>571</sup> GUIMARÃES, Eduardo Augusto. *Regulação no setor de transporte terrestre no Brasil...*, p. 120.

<sup>572</sup> FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações normativas*. Rio de Janeiro, 2015. 215f. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

reguladoras atuem de forma a contribuir – e não prejudicar – os agentes econômicos exploradores de infraestrutura.

Um dos principais traços característicos da nova regulação estatal consiste na substituição da autoridade estatal unilateral para uma autoridade negocial, permanentemente desenvolvida e baseada no consenso. A própria leitura contratual das autorizações regulatórias configura uma comprovação disto. Assim, a legitimação desta autoridade se dará menos pela posição de superioridade do Estado e a presunção de inoponibilidade estatal (características de um Direito Administrativo autoritário e ultrapassado), e mais pelo consenso e o devido respeito aos parceiros que decidem contratar com a Administração, mediante o respeito às regras do jogo e à segurança jurídica, pela clareza dos objetivos estabelecidos em cada setor da economia, pela transparência de todo o procedimento regulatório, pela capacidade de interlocução com todos os agentes regulatórios envolvidos e pela detenção do conhecimento técnico aplicável ao setor.<sup>573</sup> Tal postura, que deve ser adotada tanto no âmbito da regulação por contrato quanto no bojo da regulação por agência, adapta-se perfeitamente à tendência de uma atuação consensual da Administração, evidenciada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que destaca que “a coordenação, por possibilitar uma convergência de expressões do poder, aumenta o grau de confiança do administrado no Estado; daí o surgimento do princípio do consenso, que se traduz no primado da concertação sobre a imposição”.<sup>574</sup>

Nesse cenário, a fim de evitar defeitos como a juridificação no ambiente regulatório, Fábio Nusdeo defende um caráter eminentemente processual para as regras de Direito Econômico, isto é, mediante a conjugação do controle e segurança procedimental com as exigências de racionalidade e celeridade indispensáveis para o funcionamento eficiente do sistema como um todo. O autor fala em *due process of law making*, ou seja, o devido processo para a definição das regras do jogo econômico, legitimando tais regras não pelo seu conteúdo, mas, especialmente, pelo “procedimento de sua feitura”, envolvendo a participação e presença

---

<sup>573</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes..., p. 91-92.

<sup>574</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, jul./set. 2011. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=74838>>. Acesso em: 31 ago. 2016. Ainda, o autor destaca a ideia de participação e consensualidade, repisando que elas são decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade, propiciam freios contra o abuso do poder, garantem a atenção de todos os interesses, possibilitam uma decisão mais prudente, desenvolvem a responsabilidade dos indivíduos e, finalmente, tornam os comandos do Estado mais aceitáveis (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 41).

de todos interesses afetados pelas regras econômicas.<sup>575</sup> Este caráter processual das regras de Direito Econômico encontra-se em perfeita harmonia com o princípio da segurança jurídica, como será visto adiante.

É nesse contexto do *due process of law making* que desponta previsão do já mencionado Projeto de Lei nº 349/2015, disposta em seu artigo 28 que determina o seguinte: “em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, será precedida de consulta pública para manifestações escritas de interessados, a qual será considerada na decisão”.<sup>576</sup> Apesar desta disposição no Projeto de Lei, o artigo 42 da Lei nº 9.472/1997, por exemplo, já previa a possibilidade de consulta pública no âmbito da expedição de atos normativos pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), ao dispor que “as minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca”.

---

<sup>575</sup> NUSDEO, Fábio. O direito econômico centenário..., p. 129. Na seara do Direito Constitucional, Bruce Ackerman, em oposição a liberais como Rawls e Dworkin, defende a ideia de que os direitos fundamentais dos cidadãos não se constituem em direitos substantivos, mas constituem-se em verdadeiros direitos procedimentais. Ou seja, o autor defende que os cidadãos possuem o direito básico de participar da deliberação pública a respeito do conteúdo dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, Ackerman aduz que “o primeiro, e mais fundamental, é o direito de cada indivíduo ao reconhecimento dialógico como um cidadão em uma conversação política em desenvolvimento” (ACKERMAN, Bruce. *La Justicia Social en el Estado Liberal*. Trad.: Carlos Rosenkrantz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 206). O referido autor defende a existência da denominada “democracia dualista”, na qual estabelece uma distinção entre as decisões governamentais, de um lado, e as populares (*we the people*), de outro. Assim, afasta-se definitivamente de autores liberais, que propunham que a Constituição, antes de tudo, é asseguradora de direitos fundamentais e, apenas em segundo plano, permite a participação dos cidadãos na seara pública. Ackerman inverte essa lógica e defende que a Constituição de um Estado, em primeiro lugar, é democrática e, somente posteriormente, defensora de direitos dos cidadãos. “É o povo a fonte dos direitos; a Constituição não termina os direitos que o povo deve estabelecer ou exercer” (ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 17). Como salienta Eneida Desiree Salgado, a Constituição brasileira de 1988 consolidou uma concepção de democracia com contornos muito específicos, caracterizada pelas noções de liberdade e igualdade, pela soberania popular e pelo pluralismo político. Esta configuração democrática dita que todas as partes interessadas participem do debate e da decisão, de modo proporcionalmente igual e sem coerção, podendo expressar os seus interesses e justificá-los com argumentos concretos e relevantes. Nas palavras da autora: “a Constituição brasileira de 1988 apresenta os contornos dessas condições da democracia: a configuração dos direitos políticos e das liberdades políticas, com o sufrágio universal e com os instrumentos de participação direta, a adoção de princípios que impõem a igualdade na disputa eleitoral, a liberdade para a criação de partidos políticos e a garantia do acesso ao direito de antena e ao fundo partidário, o sistema eleitoral proporcional e a divisão federativa das atribuições” (SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral...*, p. 21-22).

<sup>576</sup> O dispositivo possui a seguinte redação em sua integralidade: “Art. 28. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, será precedida de consulta pública para manifestações escrita de interessados, a qual será considerada na decisão. §1º. A convocação conterà a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver. §2º. É obrigatória a publicação das contribuições e de sua análise, juntamente com a do ato normativo. §3º. Em caso de relevância e urgência, a consulta poderá se iniciar quando da edição do ato, que, se não confirmado na forma deste artigo, deixará automaticamente de vigorar em 120 (cento e vinte) dias”.



Para além da previsão legal, verifica-se na práxis administrativa a existência da consulta pública no âmbito das agências reguladoras federais. A constatação empírica é realizada por Lucia Helena Salgado e Eduardo Bizzo de Pinho Borges, que analisaram a prática das consultas entre os anos de 1998 a 2008. A título de exemplo, verifica-se que, enquanto no ano de 1998 existiram 18 consultas por ano, no ano de 2008 constatou-se a ocorrência de 297 consultas públicas anuais no âmbito de todas as agências federais, o que comprova a prática crescente da utilização deste instituto.<sup>577</sup>

Por outro lado, a novidade do Projeto de Lei nº 349/2015 é que ele pretende tornar regra (não se limitando para o caso específico das agências) que a atividade normativa das autoridades administrativas seja precedida de consulta pública. Isto é, o referido dispositivo pretende universalizar o emprego da consulta pública no processo de deliberação de todos os atos normativos expedidos pelo Poder Público. Além de estabelecer formas definidas e prazos cristalinos, o dispositivo proposto torna a consulta popular um requisito procedimental de validade do ato.<sup>578</sup> À exceção da ANATEL em que o emprego da consulta é vinculado à edição de *qualquer* ato normativo, outras agências, como a ANVISA e a ANEEL que também adotam a prática da consulta pública, estabelecem de forma unilateral quais os temas normativos serão discutidos com os cidadãos por meio de consultas e audiências públicas.<sup>579</sup> O dispositivo do Projeto de Lei em questão visa, portanto, acabar com tal seletividade discricionária. Além disso, apesar da existência de previsão expressa na Lei Geral de Telecomunicações da prática da consulta pública, o que muitas vezes ocorre na prática é que, apesar de a Administração receber as manifestações dos interessados, ela não responde tais pleitos ante a ausência de uma norma universalmente aplicável que dispõe sobre o dever de a Administração considerar a consulta popular como parte do procedimento de expedição do ato normativo. Assim, na maioria das vezes tais manifestações não são levadas em consideração pela agência. As agências meramente colhem as “contribuições” dos interessados e proferem suas decisões normativas, independentemente da efetiva análise de tais manifestações. Por seu turno, o artigo 28 do Projeto de Lei em comento atribui um dever

---

<sup>577</sup> SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. Análise de Impacto Regulatório: uma abordagem exploratória. *Texto Para Discussão nº 1463*. Brasília: IPEA, 2010, p. 19-20.

<sup>578</sup> PEREZ, Marcos Augusto. Artigo 28. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 41.

<sup>579</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a "Elaboração Processual de Normas". *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr./jun. 2003. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12726>>. Acesso em: 1º set. 2016.

ao Poder Público de analisar efetivamente as contribuições e, além disso, de publicar tais considerações juntamente com o ato normativo.<sup>580</sup>

A possibilidade de consulta pública prévia à edição de atos normativos pelas agências reguladoras encontra-se no bojo da chamada Análise de Impacto Regulatório (AIR), conforme será melhor exposto adiante. No momento, menciona-se apenas que a AIR pode ser processualizada mediante os seguintes instrumentos de avaliação da qualidade da regulação: i) por meio de consultas públicas; ii) por meio de análise da redução dos custos de *compliance*; e iii) pela consideração de alternativas à regulação. E que a consulta pública, inclusa na previsão do artigo 28 do Projeto de Lei nº 349/2015, configura um relevante mecanismo de participação formal dos agentes econômicos que podem ter os seus interesses afetados por determinada proposta regulatória.<sup>581</sup> Assim, a consulta pública corrobora a legitimação da decisão regulatória tomada, o que também constitui uma das funções da AIR.<sup>582</sup>

Assim, a previsão pode contribuir na flexibilização dos efeitos da edição de alterações normativas excessivas, bruscas e drásticas, porquanto, ao abrir a possibilidade de interessados se manifestarem no procedimento de elaboração dos atos normativos, evita-se a *surpresa* dos agentes econômicos que poderão se antecipar às mudanças e, inclusive, ofertar sugestões ao Poder Público. Possibilita-se, pois, que o ideal de calculabilidade seja devidamente respeitado. Também permite que as alterações excessivas das normas regulatórias pelas agências sejam limitadas, evitando-se a *frustração* e melhorando o cenário de confiabilidade no ambiente regulatório, haja vista que o Poder Público estará vinculado às manifestações dos interessados em todas as mudanças que pretender realizar. Finalmente, no tocante ao problema de cognoscibilidade do processo regulatório, ao permitir a consulta pública, abre-se espaço para que os agentes econômicos ofereçam propostas que afastem os problemas de indeterminação e excessiva complexidade dos atos normativos expedidos pelas agências independentes, evitando-se o *engano* dos agentes econômicos.<sup>583</sup> Porém, para além

---

<sup>580</sup> PEREZ, Marcos Augusto. Artigo 28..., p. 41.

<sup>581</sup> FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações normativas...*, p. 172. Rafael Vêras de Freitas leciona que o mecanismo da consulta pública somente será efetivo, para fins de realização de uma AIR, se os agentes econômicos regulados tiverem condições efetivas de influenciar na decisão do ente regulador, devendo-se evitar, por conseguinte, eventuais assimetrias de informações existentes entre regulador e regulado. Ainda que se defenda que a manifestação do regulado não vincule a decisão do regulador, este, todavia, terá o dever de se manifestar em relação às contribuições dos regulados, sob a pena de afronta ao devido procedimento legal das consultas públicas (FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações normativas...*, p. 172-173).

<sup>582</sup> SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. *Análise de Impacto Regulatório...*, p. 20.

<sup>583</sup> Irene Nohara, ao comentar o Projeto de Lei, também dá destaque para a previsão do artigo 28 e salienta que a determinação prestigia a interlocução e abre espaço para a democratização da atuação administrativa (NOHARA, Irene. Proposta de alteração da LINDB (Projeto 349/2015). *Direito Administrativo por Irene Nohara*. Disponível em: <<http://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/>>.

da mera previsão legal da possibilidade de consulta pública, é necessário que o dispositivo efetivamente tenha efeitos práticos, vale dizer, é preciso que ocorra uma crescente utilização destes mecanismos na prática administrativa brasileira. Como dito, na prática o que muitas vezes ocorre é que as agências reguladoras meramente colhem as “contribuições” e proferem as decisões normativas, independentemente de sua efetiva análise. O objetivo da proposta é justamente acabar com ampla discricionariedade.

Por outro lado, é preciso ter cuidado com a aplicação da exceção contida no parágrafo terceiro do artigo 28 do Projeto de Lei nº 349/2015 – de que, em caso de relevância e urgência, abre-se a possibilidade de a consulta ser realizada somente quando da edição do ato, porém se não for confirmado na forma prevista no artigo, deixará de vigorar em cento e vinte dias –, porquanto, não havendo a referida confirmação, o ato normativo deixará de vigorar, o que também pode ensejar um cenário de insegurança jurídica.

Outrossim, em que pese a previsão amolde-se às características modernas da regulação estatal – permitindo uma necessária interlocução com os sujeitos regulados –, é preciso atentar-se para o risco de captura ao possibilitar a participação popular na elaboração da regulação, tendo em vista que as empresas privadas podem influenciar decisivamente o resultado final da norma regulatória, com o objetivo estrito de privilegiar os seus próprios interesses econômicos, seja as favorecendo, seja prejudicando os seus concorrentes.<sup>584</sup> Fábio Nusdeo afirma que o processo regulatório se caracteriza por uma dinâmica toda especial entre os sujeitos regulados e os reguladores, destacando que os contatos devem ser próximos em virtude de informações a serem supridas de forma necessária pelos regulados às agências

---

Acesso em: 16 ago. 2016). Com efeito, a democratização da Administração Pública prevista no artigo 28 do Projeto de Lei nº 349/2015 parece adequar-se perfeitamente ao espírito de uma civilização humanista, postulado por Fábio Konder Comparato. O autor salienta que o espírito comunitário deverá constituir o núcleo da mentalidade coletiva e do sistema ético de uma futura civilização mundial humanista, em atendimento aos princípios políticos fundamentais da República, da Democracia e do Estado de Direito. Em relação ao princípio democrático, Comparato evidencia que, para que se institua um regime essencialmente pautado na Democracia, é essencial que o povo exerça diretamente o poder supremo da decisão, sem a intermediação de representantes, implicando, pois, a existência dos competentes instrumentos decisórios. Assim, na civilização humanista do futuro imaginada por Comparato é essencial que se criem novos institutos de participação direta dos cidadãos, e o artigo 28 do mencionado Projeto de Lei, ao possibilitar que os interessados se manifestem previamente à edição de atos normativos – e, mais do que isso, tornando a consulta popular um requisito procedimental de validade do ato – desponta como um relevante instrumento de participação popular que contribui não somente para a democratização do Poder Público como na salvaguarda de segurança jurídica (COMPARATO, Fábio Konder. Poder político e capitalismo. In: CUNHA, Luís Pedro; QUELHAS, José Manuel; ALMEIDA, Teresa (Org.). *Boletim de Ciências Económicas*: homenagem ao Prof. António José Avelãs Nunes. Vol. LVII, t. I. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p. 1134-1138).

<sup>584</sup> FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações normativas...*, p. 133. Segundo Egon Bockmann Moreira, “ser capturado antes significa não constatar e nem se dar conta da efetiva subordinação da agência a interesses alheios àquele interesse público primário que lhe é cometido em lei” (MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do Direito da Regulação no Brasil?. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 107-139).

reguladoras, inclusive no que concerne a eventuais dificuldades de cumprimento das normas editadas. Todavia, em razão dessa dinâmica pode surgir o fenômeno da captura, quando as exigências regulatórias passam a se amoldar estritamente às conveniências e interesses dos sujeitos regulados.<sup>585</sup> Nesse particular, a captura do regulador pode gerar a edição de normas com efeitos expropriatórios, evidenciando as hipóteses, por exemplo, em que determinado sujeito econômico influenciar o regulador para a edição de um ato que restrinja o direito de propriedade de um concorrente, sem o pagamento de qualquer indenização.<sup>586</sup>

É preciso deixar claro que a existência de participação popular na edição dos atos normativos não configura um antídoto mágico, que solucionará definitivamente o problema do déficit democrático das agências. É verdade que a ampla maioria da população não possui conhecimento da existência de audiências públicas; e, se sabe, não conhece, na maioria das vezes, o assunto tratado, sempre muito técnico; se conhece, não tem acesso aos dados que são utilizados; e, ainda, se tiver acesso a tais dados, não tem nenhuma garantia de que as suas sugestões serão levadas em conta. Como dito, apesar de existir a possibilidade de participação, ela é restrita, em muitos casos, às grandes empresas dos respectivos setores econômicos. Na maioria das vezes, a processualização não tem como resultado uma participação popular legitimadora do ato, mas a institucionalização da “teoria da captura” dos reguladores. Fato é que a existência de um procedimento adequado não garante a participação popular e a representatividade. Mas apesar desta lastimosa realidade – que não deve ser ignorada, ela existe de fato – a solução do impasse não passa pelo abandono definitivo da possibilidade de consultas e audiências públicas. É uma forma, ainda que não definitiva ou suficiente, de atenuar o déficit democrático das agências e de consolidar mais segurança jurídica aos agentes econômicos e cidadãos.<sup>587</sup>

---

<sup>585</sup> NUSDEO, Fábio. O direito econômico centenário..., p. 124. O fenômeno também é exposto por Egon Bockmann Moreira ao analisar a participação de interessados na produção normativa da ANATEL: “os dados obtidos por amostragem nas agências brasileiras são representativos de um fenômeno mundial: o custo da regulação e a respectiva participação. A procedimentalização das decisões normativas confere transparência à ação das agências, mas tem como resultado não uma participação popular legitimadora, mas a institucionalização da “teoria da captura” dos reguladores. Ou seja: quem participa ativamente da elaboração normativa de regulação econômica são as empresas dos respectivos setores, que aportam investimentos nessa atividade a fim de conquistar proveitos. As empresas têm um custo relativo à sua interação e ao convencimento dos reguladores, visando a que as normas a ser emanadas as beneficiem diretamente. É um custo despendido na obtenção da legislação (arcado posteriormente pelos usuários e consumidores)”. (MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a “Elaboração Processual de Normas”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr./jun. 2003. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12726>>. Acesso em: 1º set. 2016).

<sup>586</sup> FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações normativas...*, p. 135.

<sup>587</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a “Elaboração Processual de Normas”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n.

Para além da previsão contida no Projeto de Lei nº 349/2015 e a participação dos sujeitos regulados no processo regulatório, uma alternativa a fim de amenizar os problemas que geram um cenário de insegurança jurídica configura-se na instituição de um marco regulatório federal das agências reguladoras, com atribuições bem definidas de seus limites e possibilidades, mormente no tocante à sua competência normativa regulatória. Leila Cuéllar aduz que a instituição de uma norma geral das agências federais, além de contribuir no sentido de conferir um tratamento uniforme à matéria, também pode impedir alguns abusos, estabelecendo requisitos mais rígidos para a criação de agências reguladoras.<sup>588</sup>

Nesse cenário, o Projeto de Lei nº 3.337/2004, de autoria do Poder Executivo Federal, que possuía a pretensão de ser a “Lei Geral das Agências Reguladoras”, tratava de uniformizar na legislação o que as agências reguladoras possuem em comum (como a competência normativa regulatória, por exemplo) sem deixar de se atentar às respectivas especificidades de cada setor econômico.<sup>589</sup> Em sua redação original, o Projeto previa a instituição da consulta pública prévia para todas as agências reguladoras, assim como a publicação de material técnico e dados que embasaram a proposta regulatória.<sup>590</sup> No entanto, o referido projeto foi arquivado pela Presidente Dilma Rousseff em 2013.<sup>591</sup>

Em 2015, por sua vez, no âmbito do já mencionado grupo de trabalho instituído pelo Ministério da Fazenda para o aprimoramento das normas relativas ao ambiente de negócio no Brasil, esteve novamente em pauta a discussão em relação à lei-quadro das agências brasileiras. Porém, o Projeto, lamentavelmente, também não foi para a frente. Seria uma lei geral, com incidência sobre todas as agências federais (que, por seu turno, continuariam sendo disciplinadas por suas respectivas leis de origem, devidamente adequadas às especificidades

---

2, abr./jun. 2003. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12726>>. Acesso em: 1º set. 2016.

<sup>588</sup> CUÉLLAR, Leila. *Introdução às agências reguladoras brasileiras...*, p. 137. A referida autora cita o Projeto de Lei-Quadro apresentado em Portugal pelo Professor Vital Moreira, destacando que “além de representar uma necessidade, no intuito de uniformizar o tratamento dispensado às agências reguladoras brasileiras, dispondo acerca das formas de criação, natureza jurídica, dentro outros aspectos, pode servir para coibir abusos e eventuais inconstitucionalidades” (CUÉLLAR, Leila. *Introdução às agências reguladoras brasileiras...*, p. 137).

<sup>589</sup> “Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, nº 9.984, de 17 de julho de 2000, nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e nº 10.233, de 5 de jun. de 2001, da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências”.

<sup>590</sup> SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. *Análise de Impacto Regulatório...*, p. 19.

<sup>591</sup> “Parlamentares criticam retirada de projeto sobre Agências Reguladoras”. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/437842-PARLAMENTARES-CRITICAM-RETIRADA-DE-PROJETO-SOBRE-AGENCIAS-REGULADORAS.html>> Acesso em: 04 set. 2015.

de cada setor da economia). Egon Bockmann Moreira, que redigiu a primeira minuta da mencionada lei-quadro, destaca os quatro eixos centrais da primeira versão do anteprojeto de lei: i) normas que assegurem a sua independência; ii) dispositivos que disciplinem a nomeação de seus diretores; iii) definição expressa de sua competência normativa regulatória e decisória; iv) e a disciplina dos processos administrativos por elas elaborados.<sup>592</sup> Em relação à competência normativa regulatória, a minuta do anteprojeto é expressa ao prever que as “agências reguladoras dispõem de competência para expedir normas jurídicas, praticar atos, celebrar negócios jurídicos e contratos, supervisionar e compor conflitos de interesse nos respectivos setores, sempre de acordo com a legislação em vigor”. Segundo Bockmann Moreira, “o dispositivo pretendeu ser de clareza solar, a fim de que não se instalem debates vetustos e empoeirados quanto às competências detidas pelas agências brasileiras. Dúvida não poderá haver, portanto, quanto aos atos que poderão e deverão praticar”.<sup>593</sup> Contudo, é preciso ir além da previsão da competência normativa regulatória de tais entes. A lei-quadro das agências deve possuir em seu texto contornos bem específicos em relação aos limites da competência normativa regulatória das agências, com o objetivo de assegurar os ideais de cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade. Além do mais, a minuta do anteprojeto, em relação à disciplina dos processos administrativos elaborados pelas agências, dividiu-os em três ordens: normativos, sancionatórios e participativos. Merecem destaque estes últimos que configuram “aqueles que se destinam à criação, ampliação ou qualquer outra forma de prestígio a interesses ou direitos de pessoas privadas”. Tais processos participativos parecem concentrar as previsões de participação popular no processo regulatório, na esteira do *due process of law making* já mencionado anteriormente. Bockmann Moreira destaca, ainda, que para todos os processos administrativos previstos no anteprojeto assegura-se a publicidade, a participação, o contraditório, a Análise de Impacto Regulatório (quando cabível), assim como o efetivo cumprimento de prazos por parte da agência reguladora.<sup>594</sup>

A criação de uma lei-quadro das agências, com atribuições bem definidas em relação à competência normativa e à disciplina dos processos administrativos participativos, poderia contribuir, inclusive na autonomia e no reforço do desenho institucional destas entidades, evitando problemas como, por exemplo, a captura dos reguladores pelos sujeitos regulados,

---

<sup>592</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes: a necessidade de seu reforço institucional por meio de uma lei-quadro. *Direito do Estado*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/agencias-reguladoras-independentes-a-necessidade-de-seu-reforco-institucional-por-meio-de-uma-lei-quadro>>. Acesso em: 2 ago. 2015.

<sup>593</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes...

<sup>594</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes...

incrementando a chamada “governança regulatória”.<sup>595</sup> Tal autonomia poderia ser assegurada, por exemplo, na inviabilidade de tais entes atuarem como Poder Concedente na pactuação de contratos regulatórios, a fim de efetivar o denominado sistema duplo de regulação (por contrato e por agência). Aliás, um dos objetivos do chamado Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), instituído pela Medida Provisória nº 727/2016, consiste exatamente no fortalecimento do papel regulador do Estado e na autonomia das agências reguladoras.

Porém, a elaboração de uma lei-quadro ou até mesmo a criação de um dispositivo que permite a participação popular no processo de expedição de atos normativos pelas agências não podem ser encarados como antídotos definitivos para afastar todos os problemas que assolam o ambiente regulatório pátrio. Configuram apenas algumas possíveis soluções e propostas de efetivação do princípio da segurança jurídica no âmbito das agências. Afinal, os problemas, como visto, são diversificados. Egon Bockmann Moreira destaca, nesse vértice, que “não bastam medidas provisórias, leis e regulamentos a criar instituições, mas sim é indispensável a convivência e o debate cultural a respeito dessa mudança, a tentar afastar o patrimonialismo e passar a bem conviver com estruturas em que o mercado e a concorrência regem algumas das relações sociais mais significativas, mas nelas não imperam sozinhos”.<sup>596</sup>

Assim, ao lado das referidas previsões normativas, outras soluções, como, por exemplo, o incremento quantitativo e qualitativo do ferramental de análise de impactos regulatórios, possuem potencial para gerar um ambiente negocial mais propício para celebração de contratos de infraestrutura. Leonardo Coelho Ribeiro e Rafael Vêras de Freitas lembram que a Análise de Impacto Regulatório (AIR) vem sendo desenvolvida no contexto nacional, basicamente a partir de consultas e audiências públicas, como tentativa de subsidiar alterações regulatórias que gerem impactos econômicos no setor regulado e em todo o meio social. Todavia, aos autores isto ainda é pouco, e somente um verdadeiro incremento quantitativo e qualitativo do ferramental de análise de impactos regulatórios poderia gerar um ambiente negocial mais desenvolvido.<sup>597</sup> Portanto, é preciso ir além das possibilidades de

---

<sup>595</sup> A denominada governança regulatória pode ser entendida por meio do conjunto de instrumentos e de procedimentos que garantem uma maior participação popular na elaboração das decisões estatais, que devem ser baseadas na eficiência e submetidas ao controle institucional e social (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Governança regulatória e o desenho institucional das agências reguladoras brasileiras*. *Direito do Estado*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/governanca-regulatoria-e-o-desenho-institucional-das-agencias-reguladoras-brasileiras->>. Acesso em: 7 set. 2016).

<sup>596</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras brasileiras, quase 20 anos depois. *Gazeta do Povo*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/agencias-reguladoras-brasileiras-quase-20-anos-depois-c79w5h1smz4nggahm7vjp7tu4>>. Acesso em: 04 set. 2015.

<sup>597</sup> RIBEIRO, Leonardo Coelho; FREITAS, Rafael Vêras de. Manutenção do ambiente negocial entre o público e o privado..., p. 401.

consultas públicas. Sem dúvida, trata-se de uma prática imprescindível, à luz de uma moderna regulação estatal que se preocupa com os interesses dos agentes econômicos regulados. Mas, se por um lado essas práticas sinalizam que a introdução de procedimentos de análise de impacto regulatórios na rotina das agências pode vir a ocorrer, por outro se deve ficar claro que simplesmente os estudos que fundamentaram as decisões regulatórias não correspondem a AIRs, embora incluam diversas de suas etapas.<sup>598</sup>

Lembre-se que a estrutura de uma AIR é dividida do seguinte modo: título da proposta; objetivo e efeito esperado da política regulatória; avaliação do problema político; consideração das opções alternativas; avaliação de todos os impactos distributivos; resultados da consulta pública; estratégias de *compliance*; e processos para monitoramento e avaliação.<sup>599</sup> Nesse cenário, deve-se repisar que todo, ou pelo menos grande parte do processo regulatório brasileiro, na prática, configura um processo de revisão regulatória. A propósito, uma das boas práticas recomendada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD), como forma de assegurar que a AIR possa efetivamente atuar como instrumento de promoção da boa qualidade regulatória, configura “aplicar a AIR tanto a novas propostas regulatórias como à revisão da regulação existente”.<sup>600</sup> Como lembram Lucia Helena Salgado e Eduardo Bizzo de Pinho Borges, “a todo o tempo, as agências estão revendo regras anteriores, muitas destas anacrônicas, incompatíveis com os novos marcos legais, em particular aqueles que dão ênfase ao estímulo para a concorrência. Neste processo, a AIR é absolutamente necessária”.<sup>601</sup>

Segundo a OECD, a AIR define-se como a ferramenta política sistemática que é utilizada para analisar e medir os custos, os benefícios e efeitos de nova regulação ou de uma já existente, configurando um modo analítico de informar os tomadores de decisão.<sup>602</sup> Assim,

---

<sup>598</sup> SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. *Análise de Impacto Regulatório...*, p. 22.

<sup>599</sup> SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. *Análise de Impacto Regulatório...*, p. 7.

<sup>600</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Regulatory impact analysis: best practices for regulatory quality and performance*. Paris, 1997.

<sup>601</sup> SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. *Análise de Impacto Regulatório...*, p. 10.

<sup>602</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Regulatory impact analysis...*, p. 13-14. Segundo a OECD, a “AIR é uma ferramenta de decisão, um método de i) examinar sistematicamente e consistentemente determinados impactos potenciais decorrentes de ações governamentais e de ii) comunicar as informações aos tomadores de decisão. Ambos os aspectos de análise e comunicação são cruciais. É uma ferramenta flexível: Seus objetivos, design e papel nos processos administrativos diferem entre países e mesmo entre áreas políticas reguladoras. A AIR, portanto, é um complemento para boas tomadas de decisão. No Reino Unido, avaliações de conformidade dos custos são usadas para informar Ministros de custos prováveis para as empresas e para identificar os fatores-chave de ambos os lados da equação como um auxílio (e não um substituto ao) julgamento político e social do Governo.



alcança-se um conceito de AIR que se define como um procedimento de racionalização dos processos de decisão, por meio do qual se informa os tomadores de decisão quanto ao melhor modo de se regular (e até mesmo se regular trata-se da opção adequada), de forma a atender aos objetivos estabelecidos nas políticas públicas.<sup>603</sup>

Verifica-se que uma maior adoção da AIR, vale dizer, um incremento quantitativo e qualitativo do ferramental de análise de impactos regulatórios, permite uma maior credibilidade do ente regulador, assim como um instrumento de fortalecimento das agências perante a sociedade.<sup>604</sup> Possibilita uma maior previsibilidade na atuação da regulação nacional, configurando, pois, um modo de trazer reforço institucional às agências reguladoras brasileiras (afastando-se assim a possibilidade de uma atuação unilateral e arbitrária por parte das agências) e, por conseguinte, atende o ideal de elevar a segurança jurídica no ambiente regulatório pátrio, porquanto afastará alterações normativas bruscas, reiteradas e, para além das alterações, evitará inovações com conteúdo impreciso, indeterminado e complexo.

Expostas algumas possibilidades de concretização do princípio da segurança jurídica no tocante ao Poder Executivo, passa-se a expor algumas propostas de efetivação no âmbito do Poder Judiciário. Como lembra Pedro Gonçalves ao tratar da sua proposta de um sistema duplo de regulação, não há garantias absolutas contra o incumprimento do Estado (seja enquanto contratante ou enquanto agente regulador da economia), mas o incumprimento contratual possui a vantagem de revelar-se mais facilmente como um ato ilícito.<sup>605</sup> E assim sendo, abre-se sempre a possibilidade do contratado recorrer ao Poder Judiciário para buscar o reparo *a posteriori* do seu direito violado. Desponta, assim, a extrema relevância que o Judiciário assume em matéria de infraestrutura (pois detém a palavra final no assunto). Em razão de tal importância, passa-se, na sequência, a apresentar sugestões de concretizações para o aperfeiçoamento do sistema judicial brasileiro.

---

(Departamento de Comércio e Indústria do Reino Unido, 1985). A AIR é talvez melhor entendido como um ‘método de decisão’ entre vários métodos utilizados para alcançar decisões regulamentares” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Regulatory impact analysis...*, p. 13-14. Tradução do original pelo autor).

<sup>603</sup> SALGADO, Lucia Helena; HOLPERIN, Michelle Moretzsonh. *Análise de Impacto: Ferramenta e Processo de Aperfeiçoamento da Regulação*. Disponível em: <<http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Analise%20do%20Impacto%20Regulatorio%20Ferramenta%20e%20Processo%20de%20Aperfeiçoamento%20da%20Regulacao.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2014, p. 3.

<sup>604</sup> SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. *Análise de Impacto Regulatório...*, p. 7.

<sup>605</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante...*, p. 141.

### **3.3 A mitigação dos problemas relativos à morosidade e imprevisibilidade das decisões judiciais como concretização da segurança jurídica**

Os grandes problemas do Poder Judiciário que prejudicam a atuação dos agentes econômicos que investem em infraestrutura são essencialmente a morosidade e a imprevisibilidade judicial. Como exposto no capítulo anterior, o primeiro ofende o ideal de calculabilidade, enquanto a imprevisibilidade afronta os ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade. Nesse passo, algumas propostas de efetivação do princípio serão apresentadas a fim de mitigar a insegurança jurídica gerada pelo Poder Judiciário.

Cumpra destacar que nesta dissertação não se pretende esgotar o tema da melhoria institucional do sistema judicial brasileiro. Várias dissertações de mestrado e teses de doutorado já foram dedicadas inteiramente, de um modo muito mais detalhado, para a investigação dos problemas judiciais em análise.<sup>606</sup> O objetivo aqui é mais restrito: tão somente expor propostas que contribuam na amenização de tais problemas na seara específica dos setores de infraestrutura conjuntamente com os problemas relativos aos demais Poderes estatais, que já foram apontados anteriormente.

Dessa forma, primeiramente, serão indicadas algumas propostas para a melhoria institucional do Poder Judiciário brasileiro, que atenuem os problemas da morosidade e da imprevisibilidade. Em um segundo momento, destacar-se-á a respeito da opção pela arbitragem no âmbito do Poder Público e sua adequação com o princípio da segurança jurídica em matéria de infraestrutura

#### **3.3.1 Propostas para a melhoria institucional do Poder Judiciário**

Em primeiro lugar, no relativo à morosidade, tem-se que o Código de Processo Civil de 2015 institui o artigo 4º que dispõe que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Em verdade, o dispositivo não inovou no ordenamento jurídico, porquanto apenas repetiu previsão já contida no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, que preceitua que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a

---

<sup>606</sup> Por exemplo: PEREIRA, Paula Pessoa. *O Superior Tribunal de Justiça como Corte de definição de direitos*. Uma justificativa a partir do universalismo. Curitiba, 2013. 179f. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná; FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro: por um processo civil factível*. Curitiba, 2011. 170f. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. *A administração da Justiça para uma magistratura democrática*. Curitiba, 2015. 283f. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

celeridade de sua tramitação”. Todavia, é manifesto que tal dispositivo praticamente constitui-se em letra morta no ordenamento jurídico, tendo em vista que a morosidade do Poder Judiciário brasileiro é problema frequente na prática da atividade litigiosa nacional.

O CPC de 2015, além de repetir o citado dispositivo constitucional, trouxe alguns instrumentos processuais concretos que procuram auxiliar no combate à morosidade, a despeito de também ter realizado mudanças em relação aos prazos processuais (passou-se a contabilizar tão somente os dias úteis).<sup>607</sup> Algumas “conquistas” geralmente são indicadas pela doutrina na tentativa de contribuir na concretização do inciso LXXVIII, do artigo 5º, do texto constitucional e, assim, alcançar um tempo razoável de processo. Por exemplo: a defesa foi toda concentrada numa única peça, eliminado as exceções (artigo 336); o capítulo sobre a cooperação entre juízes praticamente extinguiu o elevado formalismo das cartas precatórias (artigos 67 a 69); o instituto da tutela de evidência possibilita o julgamento imediato do processo, independente da urgência (artigo 331); a inserção de artigos realçando a força das decisões dos Tribunais Superiores, com objetivo de privilegiar a coerência e a integridade do Direito; a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas (artigos 976 a 987); a restrição das hipóteses do recurso de agravo de instrumento (artigo 1.015); a previsão de preceitos para conferir maior efetividade ao cumprimento de sentença e ao processo de execução (como a possibilidade da decisão judicial ser levada a protesto – artigo 517, e a regulamentação da penhora *on-line* – artigo 854); e, finalmente, a previsão da realização de diversos atos processuais mediante meios eletrônicos (artigos 170; 171; 183 §3º, 194, 205, §3º, 228, §2º, 232, 235, §1º; 246, V; 263; 270; 334, §7º, 513, §2º, III; 837; 854; 854, §§6º e 9º; 876, §1º, III; 879, II; 880, §3º; 892; 915, §4º; 945; 979; 1.019, III; 1.038, §1º).<sup>608</sup>

Por outro lado, as tentativas de solução do Código de Processo Civil de 2015 não são pioneiras. Foram várias as sugestões para resolver o problema da morosidade judicial: seja por meio de alterações legislativas, seja por modificações nos regimentos internos dos tribunais, seja por emendas constitucionais. As tentativas de solução do problema da morosidade estão separadas em quatro grupos: i) restrições ao cabimento de recursos; ii) modificações no procedimento; iii) alterações dos órgãos do Judiciário e de sua competência;

---

<sup>607</sup> Teoricamente, pelo menos, é o que diz o Código de Processo Civil em seu artigo 219. Por outro lado, por determinação da Corregedoria-Geral de Justiça, no âmbito do Tribunal de Justiça do Paraná, emitida em 20/09/2016, o critério para a contagem dos prazos processuais (dias úteis ou corridos) passou a ser definida casuisticamente pelo magistrado. Tal determinação, ao afastar completamente a disposição legal emanada pelo Legislativo, configura uma lamentável ofensa ao princípio da separação dos poderes.

<sup>608</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao artigo 4º. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 66-67.

e iv) valorização da jurisprudência como fonte do Direito.<sup>609</sup> Juliana Pondé Fonseca indica que as quatro categorias de tentativas de solucionar o problema incorrem em dois tipos de erros: a primeira compreende a maneira como o comportamento das partes é encarado pelos reformadores, enquanto a segunda envolve um problema lógico.<sup>610</sup> Em relação ao primeiro ponto, as reformas pressupõem que ambas as partes da relação processual desejam somente “ganhar” o processo, o que não é verdade. Muitas vezes, em verdade, elas não querem apenas “ganhar”; pelo contrário tem certeza da derrota e, justamente por isso, tentam retardar o final do processo. O objetivo em tais casos, portanto, é tornar o processo o mais moroso possível para atrasar o momento da derrota. Trata-se, a propósito, de caso recorrente em muitos contratos pactuados pela Administração. A autora afirma, então, que medidas que exigem que todos os agentes se comportem da mesma maneira para funcionar no processo não se afiguram aptas a resolver os problemas do Poder Judiciário. Já em relação à segunda espécie de erro, tem-se que as ditas reformas são voltadas, em sua grande maioria, ao acúmulo de trabalho nos tribunais, isto é, a partir da segunda instância. Contudo, o problema da morosidade do Judiciário é generalizado, porquanto existe desde o primeiro grau de jurisdição, e a inefetividade se dá justamente perante estes juízes, durante a execução ou cumprimento de sentença.<sup>611</sup>

Em verdade, Fonseca critica o diagnóstico recorrente de “crise” do Judiciário brasileiro e argumenta que tal ideia acaba por ocultar algumas feições: i) o verdadeiro efeito das medidas até agora adotadas; ii) a deficiência de recursos financeiros e humanos; e iii) o funcionamento do sistema judicial exatamente de acordo com o planejado.<sup>612</sup> Este último ponto é essencial para entender a crítica realizada pela autora. Vale dizer, Fonseca salienta que o sistema processual brasileiro priorizou o valor segurança, que seria alcançado por meio de juízos de certeza (e isto justificaria as diversas instâncias recursais e as diferentes espécies de recursos), no lugar de valores como a efetividade e a celeridade. E, ao se planejar o sistema de tal modo, o Poder Judiciário atende rigorosamente bem ao modelo concebido. Deve ser considerado que a morosidade é útil para alguém: ela representa uma escolha que foi realizada e que se encontra consolidada. Ela é muito útil aos litigantes habituais, como o Estado.<sup>613</sup> A crítica é deveras pertinente, porquanto revela exatamente como o Estado age na maioria dos

---

<sup>609</sup> FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro*: por um processo civil factível. Curitiba, 2011. 170f. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 14-15.

<sup>610</sup> FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro*..., p. 29.

<sup>611</sup> FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro*..., p. 34-35

<sup>612</sup> FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro*..., p. 38.

<sup>613</sup> FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro*..., p. 49.

casos; todavia, a autora destaca que a postura daqueles que conceberam o sistema processual nacional e sonhavam com um modelo que prezasse pela segurança e, concomitantemente, fosse célere, não passa de um sonho, pois é fantasioso conciliar valores irreconciliáveis. “Se o sistema foi feito para dar preferência à segurança, acima de tudo, e nunca dar primazia à celeridade, não há como inverter essa ordem de prioridades sem alterações significativas – tanto nas leis processuais como na estrutura física do Judiciário”.<sup>614</sup>

Ocorre que a referida autora relaciona o valor segurança estritamente à busca da chamada verdade real no processo judicial, isto é, aos ditos juízos de certeza. Segundo Fonseca, quanto mais recursos judiciais existissem no processo judicial, mais se aproximaria da verdade real, de uma decisão dita “segura”. “É em nome da segurança que o processo procura a verdade, pois só pode atuar a partir dela”.<sup>615</sup> É patente, por outro lado, que a ideia de segurança jurídica definitivamente não se harmoniza com a existência de morosidade. Um Poder Judiciário moroso certamente não é compatível com o princípio da segurança jurídica. Não se pode afirmar, como a referida autora faz, que o processo judicial brasileiro está de acordo com o valor concebido (a segurança), se problemas como a morosidade persistem na realidade brasileira. A duração razoável do processo trata-se de um direito fundamental do cidadão, compatível com o princípio da segurança jurídica. Ávila lembra, nesse sentido, que a Constituição, ao prever o direito à razoável duração do processo como direito fundamental, termina por estabelecer um ideal de calculabilidade, identificando-o como um consectário da dimensão dinâmica do princípio da segurança jurídica.<sup>616</sup> É dizer, um processo com duração razoável configura um processo em consonância com a segurança jurídica. É possível, portanto, a despeito das críticas realizadas por Fonseca, defender a existência de um sistema processual célere e, ao mesmo tempo, pautado no valor da segurança. Com efeito, um sistema processual célere, efetivo e assentado precipuamente na segurança jurídica.

Juliana Pondé Fonseca, a partir da crítica exposta, sugere algumas mudanças para alcançar um sistema processual efetivo e célere, mediante o estabelecimento de metas factíveis, como a flexibilização dos procedimentos (e, por consequência, o fim do procedimento ordinário), a exequibilidade das decisões de primeira instância, o verdadeiro acesso à Justiça por parte dos mais necessitados e, finalmente, o incremento de recursos

---

<sup>614</sup> FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro*..., p. 50.

<sup>615</sup> FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro*..., p. 143.

<sup>616</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*..., p. 638-639.

materiais por parte do Estado.<sup>617</sup> Este último ponto configura um dos aspectos essenciais para solucionar os problemas estruturais do Poder Judiciário brasileiro.

É praticamente impossível apontar todas as causas que originam a morosidade do Poder Judiciário. Em verdade, não existe cultura adequada de grande parte dos operadores do Direito para corrigi-las. Além disso, a omissão do Estado em fornecer os meios materiais necessários à solução dos litígios e a utilização inadequada dos instrumentos processuais pelos protagonistas do processo configuram alguns exemplos das razões da morosidade.<sup>618</sup> Nesse passo, a instituição do Código de Processo Civil de 2015 talvez possa contribuir em alguns aspectos para reduzir a intensa morosidade do sistema judicial, todavia, como ressaltado, não é a edição singular deste diploma normativo que irá solucionar todos os problemas na demora de alcançar uma tutela jurisdicional efetiva. Não bastam tão somente alterações normativas. Várias reformas processuais já foram realizadas e os problemas não foram totalmente solucionados. Aliás, as alterações normativas, como ressaltado, focam apenas na morosidade dos tribunais e a alteração do Código de Processo Civil parece também ter seguido novamente este caminho.

Entre os três fatores essenciais para um processo mais célere (alterações normativas, recursos adequados e mudança cultural), o menos importante parece consistir em uma disciplina legislativa processual adequada às demandas da sociedade. O segundo fator, mais importante que o primeiro, consiste numa quantia ótima de recursos humanos e materiais para aplicar as leis processuais. Além disso, o terceiro fator, e um dos mais relevantes, é o cultural e reflete-se na qualidade da prestação jurisdicional. Um bom Código de Processo Civil e recursos adequados de nada servem sem a competência dos agentes que devem trabalhar com eles, vale dizer, advogados, juízes e auxiliares. Tal fator ganha relevância ante a capacidade de maximizar os outros dois fatores (isto é, boas leis e recursos adequados).<sup>619</sup>

Portanto, a escassez de recursos adequados, sejam financeiros, sejam humanos, contribui para o mau funcionamento do Poder Judiciário. Em relação à quantidade de juízes no Brasil, constata-se que a proporção de magistrados por habitantes ainda é baixa se comparada ao número de outros países. O Poder Judiciário nacional contabiliza cerca de 16.500 juízes, o equivalente a cerca de 8,2 juízes por 100 mil habitantes.<sup>620</sup> Apesar da progressão (em 2009, por exemplo, essa proporção na Justiça Estadual era de 5,9 para 100 mil

---

<sup>617</sup> FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro*..., p. 122-136.

<sup>618</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao artigo 4º..., p. 66.

<sup>619</sup> FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro*..., p. 47-48.

<sup>620</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2014*. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, Conselho Nacional de Justiça, 2014, p. 33.

pessoas)<sup>621</sup>, a proporção é reduzida se comparada com outros países. Por exemplo, os Estados Unidos contabilizam aproximadamente 10,8 juízes para 100 mil pessoas. É preciso ter em vista, contudo, que o processo dos estadunidenses é radicalmente diferente. A comparação mais apropriada, por seu turno, deve ser realizada com países como Portugal ou Alemanha (este conhecido pela eficiência do seu Poder Judiciário). Em tais casos fica evidente a discrepância: enquanto Portugal possui 19,2 juízes, a Alemanha tem 24,7 magistrados para cada 100 mil habitantes.<sup>622</sup> Por outro lado, o mesmo não ocorre com a quantidade de servidores do Poder Judiciário. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça para o ano de 2014, existiam cerca de 421.185 servidores no Brasil, o que, comparando com outros países, constata-se um número de funcionário por 100 mil habitantes muito maior (enquanto no Brasil há 205 servidores para 100 mil habitantes, em Portugal há 58,3 e na Alemanha, 66,9).<sup>623</sup> Luciano da Ros, ao analisar o desempenho do Poder Judiciário nacional com base em tais números, conclui que “embora os magistrados sejam individualmente responsáveis por mais casos novos por ano no Brasil do que em outras partes do mundo, o fato é que eles recebem o auxílio de uma força de trabalho significativamente maior para tanto”.<sup>624</sup> Para este autor, entretanto, a quantidade de magistrados brasileiros não destoa da maioria das nações.<sup>625</sup> O fato é que poderia ocorrer uma maior preocupação e uma destinação de gastos mais elevada em relação ao número de magistrados atuantes no Poder Judiciário pátrio, considerando a evidente discrepância da quantidade entre juízes e demais servidores (a despeito da remuneração dos juízes ser mais elevada).

Na realidade, trata-se também de um problema de mentalidade que envolve o sistema judicial, que é completamente distanciado da realidade em que se desenvolve a atividade econômica.<sup>626</sup> É necessário, portanto, mais do que a simples instituição de novos diplomas normativos e o dispêndio negligente de recursos para solucionar o problema. É imprescindível que o Estado invista para identificar e corrigir as falhas na organização do Poder Judiciário, na própria formação dos protagonistas do processo e nos locais onde se realiza a atividade

<sup>621</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2009*. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, Conselho Nacional de Justiça, 2009, p. 132.

<sup>622</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2014...*, p. 33.

<sup>623</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2014...*, p. 33.

<sup>624</sup> DA ROS, Luciano. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. *Newsletter. Observatório de elites políticas e sociais do Brasil*. NUSP/UFPR, v.2, n. 9, p. 1-15.jul. 2015, p. 10.

<sup>625</sup> DA ROS, Luciano. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória..., p. 5.

<sup>626</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. PIB Potencial e segurança jurídica no Brasil..., p. 92

judicial (fóruns, tribunais etc.), possibilitando novas metodologias de trabalho, funcionários suficientes e instalações adequadas.<sup>627</sup>

Ademais, estes gastos relativos poderiam ser destinados a investimentos na formação específica dos protagonistas do processo. Como referido, o aspecto cultural é de extrema relevância e possui efeitos no tocante à qualidade da prestação jurisdicional. Assim, a metodologia dos concursos públicos para magistratura deve ser reformulada, a fim de afastar a estrita lógica técnico-burocrática que caracteriza o modo de recrutamento dos juízes nacionais. Maurício Corrêa de Moura Rezende realiza um importante estudo acerca deste cenário, destacando que existe pouco apreço ao saber acadêmico e ao pensamento crítico nos concursos públicos para magistratura e, por outro lado, um sobreapreço pelo saber tecnicista. O modo de recrutamento não se estrutura de forma a prospectar as pessoas mais críticas e politizadas; ao contrário, são recrutados indivíduos que possuem facilidade em decorar e repetir o saber jurídico de modo somente instrumental. Assim, uma grande parte dos aprovados nos concursos é oriunda da lógica de obter o máximo desempenho com o menor esforço, o que permite a produção de juízes burocratas.<sup>628</sup> O resultado é evidente: juízes despreparados para lidar com os mais variados e complexos problemas práticos do Direito, o que acaba por assumir uma evidente complicação na área da infraestrutura, diante da alta complexidade que envolve os temas relativos a esta matéria. Os juízes brasileiros, como já foi dito, encontram-se completamente distanciados da realidade econômica. Rezende sugere algumas mudanças no recrutamento dos magistrados nacionais como, por exemplo, a constituição de bancas prévias, evitando-se bancas *ad hoc* para cada concurso, a inclusão de disciplinas propedêuticas como Filosofia, Sociologia e Ciência Política nas duas primeiras fases do certame (assim como a atribuição de maior peso à disciplina de Direito Constitucional) e a necessidade de composição de 50% dos membros da banca por professores e/ou pesquisadores externos à magistratura, ligados ao ambiente acadêmico.<sup>629</sup>

No tocante ao problema da imprevisibilidade do Poder Judiciário, costuma-se falar em “precedentes judiciais” como forma de (supostamente) garantir a segurança jurídica, mormente a partir da edição do Código de Processo Civil de 2015. Nesse contexto, o diploma processual civil inova e faz a inserção de artigos realçando a estabilidade, integridade e

---

<sup>627</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao artigo 4º..., p. 66.

<sup>628</sup> REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. *A administração da Justiça para uma magistratura democrática*. Curitiba, 2015. 283f. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 257.

<sup>629</sup> REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. *A administração da Justiça para uma magistratura democrática...*, p. 258.



coerência da jurisprudência (artigos 926 e 927), com o intuito de solidificar as decisões dos Tribunais Superiores. Com isto, costuma-se dizer (erroneamente) que o CPC instituiu um sistema de precedentes judiciais vinculantes e obrigatórios, nos qual os juízes e tribunais estão obrigados a obedecer às decisões dos Tribunais Superiores.<sup>630</sup> O objetivo, de fato, é louvável: pretende-se combater os problemas da morosidade e da imprevisibilidade, conferindo segurança jurídica e racionalidade ao sistema judicial. Todavia, é preciso atentar-se para os limites na importação acrítica de modelos pautados no *common law*.<sup>631</sup> Como lembra Neil MacCormick, “em algumas tradições jurídicas, precedentes são reconhecidos apenas como indicadores da melhor maneira de interpretar o Direito codificado ou legislado. Essa visão depende de um entendimento estrito da separação dos poderes como elemento que sustenta o Estado de Direito. Como juízes não são legisladores, suas decisões não podem ser aceitas como algo mais do que o Direito produzido pelo legislador”.<sup>632</sup> Vale dizer, o modelo brasileiro, assentado na *civil law*, distancia-se frontalmente do *common law*: neste sistema figura a existência da *stare decisis*, isto é, um sistema em que os precedentes judiciais

---

<sup>630</sup> Como destacam Luiz Guilherme Marino, Daniel Mitidiero e Sérgio Arenhart, “os juízes e tribunais interpretam para decidir, mas não existem para interpretar; a função de atribuição de sentido ao direito ou de interpretação é reservada às Cortes Supremas. No momento em que os juízes e tribunais interpretam para resolver os casos, colaboram para o acúmulo e a discussão de razões em torno do significado do texto legal, mas, depois da decisão interpretativa elaborada para atribuir sentido ao direito, estão obrigados perante o precedente” (MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sérgio Cruz. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 105). Lenio Luiz Streck, por sua vez, critica tal leitura do artigo 926 e alerta para o risco dos magistrados e tribunais transformarem-se em um “juiz boca-do-precedente”. Segundo o autor: “o CPC diz: a jurisprudência deve ser íntegra e coerente. O CPC não disse que ‘as teses’ ou ‘teses abstratas e gerais’ devem ser íntegras e coerentes. Jurisprudência é mais do que precedente” (STRECK, Lenio Luiz. Uma tese política à procura de uma teoria do Direito: precedentes III. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-06/senso-incomum-tese-politica-procura-teoria-direito-precedentes-iii>>.

Acesso em: 14 out. 2016).

<sup>631</sup> Como exemplo, tem-se a discussão sobre os precedentes vinculantes no contexto da jurisdição constitucional pátria. Com efeito, a tese da mutação (in) constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição – discutida na Reclamação nº 4.335/AC no STF –, dispositivo que reconheceu uma competência expressa do Senado no controle difuso de constitucionalidade, é um bom exemplo do uso inadequado dos precedentes. A usurpação da competência constitucional do Senado é alvo de severas críticas por parte da doutrina, acusando-se o STF de um ativismo judicial que reconfigura o desenho institucional. Atribuir outro sentido ao dispositivo constitucional que estabelece a competência expressa do Senado no controle difuso de constitucionalidade e, por conseguinte, atribuir eficácia *erga omnes* às decisões do STF em sede de recurso extraordinário, definitivamente não parece ser uma conduta prudente do STF e que respeite as escolhas legítimas e democráticas do Legislativo. Defender a lógica irrestrita do sistema de precedentes vinculantes, importado acriticamente do *common law*, para o controle de constitucionalidade de constitucionalidade pátria, além de configurar uma atitude ativista e que ofende a separação dos poderes, desconsidera totalmente as especificidades do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, que se caracteriza por ser um sistema misto (difuso/concentrado). Isto é, o controle difuso de constitucionalidade estadunidense produz efeitos *erga omnes* em virtude de não existir um controle concentrado como no Direito Brasileiro (que se caracteriza por ser um sistema misto). Portanto, a produção de efeitos *erga omnes* através de recurso extraordinário em via incidental não é considerada apropriada, pois, no direito nacional, ao lado do modelo difuso, existe a previsão de via própria para a ocorrência de tais efeitos (controle concentrado de constitucionalidade), diferentemente do que ocorre no direito estadunidense, que se caracteriza pela exclusividade do controle difuso.

<sup>632</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito...*, p. 192.

possuem uma elevada eficácia persuasiva. Mas não se tratam de precedentes somente porque os Tribunais Superiores o definiram como tal. No *common law*, o que confere a dimensão de precedente à decisão de um Tribunal Superior consiste na sua aceitação pelas partes e, inclusive, pelas instâncias inferiores do Poder Judiciário (ele possui, pois, uma certa aura democrática).<sup>633</sup> É preciso ter em vista, portanto, que, ao se falar na pretensa “força dos precedentes”, o Direito Brasileiro filia-se ao sistema da *civil law*, na qual a ideia de *stare decisis* e precedentes vinculantes definitivamente não se aplica.<sup>634</sup> Os dispositivos do CPC – que falam em coerência e integridade do Direito – não podem ser encarados como autorizadores de um novo “sistema” vigente no Direito Processual Civil brasileiro, pautado na vinculação dos precedentes. Isso não existe. A pretexto de gerar segurança jurídica com a utilização destes “precedentes”, corre-se o risco de gerar mais insegurança jurídica. Os artigos 926 e 927 não falam que os “precedentes” devem ser íntegros e coerentes. É a jurisprudência que deve ser íntegra e coerente.<sup>635</sup> Como lembra Lenio Streck, decisões podem sim obrigar, porém, por coerência e integridade.<sup>636</sup> Nesse cenário, o mais correto é falar em decisões *persuasivas* dos Tribunais Superiores em oposição ao entendimento que defende *irrestritamente* a adoção do sistema de precedentes vinculantes (oriundo da *common law*), a fim de que não se ofenda o princípio da separação dos poderes. Segundo Neil MacCormick, “podemos tomar as *rationes* pelo que elas são – soluções jurídicas afirmadas como partes necessárias da justificação de decisões em relação aos argumentos trazidos pelas partes. Entendendo-as dessa maneira, porém, deveríamos reconhecer a pouca sabedoria de qualquer

---

<sup>633</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 15 out. 2016.

<sup>634</sup> Todavia, se depender do entendimento do Poder Judiciário, a doutrina do *stare decisis non quiet movere* já foi totalmente implantada no Brasil. No voto do Recurso Extraordinário nº 655.265, o ministro Luiz Edson Fachin salientou que, com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, especialmente mediante o seu artigo 926, adotou-se a regra do *stare decisis* no Direito Processual Civil Brasileiro (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). REExt nº 655265, Rel. Ministro Luiz Fux. Rel. p/ Acórdão: Rel. Ministro Luiz Edson Fachin. Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2016, DJe 05/08/2016).

<sup>635</sup> Afinal, o fato de o artigo 927 do Código de Processo Civil indicar provimentos que passaram a ser vinculantes por força legal, não pode significar a leitura errônea de que a súmula ou o acórdão que julga o IRDR, por exemplo, são equiparáveis à categoria do precedente do *common law* (STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. O que é isto...).

<sup>636</sup> Lenio Luiz Streck destaca que a *ratio* do dispositivo, na verdade, foi outra: cumprir à risca o artigo 489 que fala na necessidade de fundamentação das decisões judiciais. A função dos tribunais seria, pois, a de julgar os processos com fundamentação detalhada, evitando a interposição dos recursos desnecessários e não os incentivando. Assim, o autor defende que o conteúdo do artigo 926 permite às decisões dos tribunais a função de estabilização de expectativas e a integridade. É esse, portanto, o real objetivo da norma. Não há nenhuma disposição expressa no Código de Processo Civil que autoriza falar que o Direito Processual Civil brasileiro adotou um “sistema de precedentes vinculantes e obrigatórios”. O artigo 926, definitivamente, não é esse dispositivo (STRECK, Lenio Luiz. Uma tese política à procura de uma teoria do Direito...).

doutrina que as trata como absolutamente vinculantes com base num único caso”.<sup>637</sup> Portanto, não se pode confundir a ideia de precedentes vinculantes oriunda da *common law* com a regra do *civil law*, em que as decisões dos Tribunais Superiores são reconhecidas como indicadores do modo mais adequado de interpretar o Direito produzido pelo Poder Legislativo.

Feita tais ponderações, é possível falar na utilização dos provimentos judiciais dispostos no artigo 927 do Código de Processo Civil, como forma de atenuar os problemas da morosidade e da imprevisibilidade judicial. Visa a impedir o desastroso cenário exposto no capítulo precedente, onde se decide de modo discrepante para casos idênticos. Nessa conjuntura, o CPC de 2015 faz a previsão, em seu artigo 927, de que: “os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”. Como se tem por óbvio, as disposições não tratam de “precedentes vinculantes”, mas de provimentos vinculantes por disposição legal, que podem ajudar a combater as mazelas do Poder Judiciário. Conforme destacam Lenio Luiz Streck e Georges Abboud, o que o referido dispositivo faz é, na realidade, criar provimentos judiciais vinculantes cuja principal função consiste na redução da complexidade judicial a fim de enfrentar o problema da litigiosidade repetitiva, por exemplo.<sup>638</sup>

Caso ocorra uma justificativa para mudança de orientação, deve ela ser objeto de uma elevada fundamentação. Afinal, o Poder Judiciário pode alterar a sua orientação anterior, desde que o faça de modo fundamentado e com o devido respeito às posições consolidadas no passado. No estrito caso do artigo 927 do Código de Processo Civil, contudo, a alteração é mais complicada. O parágrafo primeiro do dispositivo, por exemplo, prevê que: “a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”. Como salienta Ávila, “ele pode mudar, desde que o faça de maneira estruturada ou suave, graças ao dever de respeito às decisões

---

<sup>637</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito...*, p. 204.

<sup>638</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. O que é isto...

anteriores e à necessidade de freios à mudança. O princípio da segurança jurídica serve, precisamente, de critério para nortear essa avaliação”.<sup>639</sup>

Além disso, o já citado Projeto de Lei nº 349/2015, com o objetivo de garantir uma maior previsibilidade das decisões públicas, prevê em seu artigo 20 que: “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem medir as consequências da decisão. Parágrafo único: A motivação demonstrará a necessidade e adequação da medida, inclusive das possíveis alternativas”. O objetivo da proposta, novamente, é louvável: a fim de afastar a discricionariedade do magistrado, pretende-se que ele examine todas as alternativas e os impactos da decisão, especialmente as de cunho econômico. À primeira vista, trata-se de um instrumento que pretende afastar o problema da imprevisibilidade judicial, que objetiva afastar a utilização de conceitos jurídicos indeterminados. Nesse passo, Flávio Henrique Unes Pereira considera a previsão positiva, afirmando que o dispositivo contribuirá para “desmascarar as decisões mascaradas”, haja vista que, para a decisão ser válida, ela não poderá ficar limitada a conceitos indeterminados, desprovidos da análise proposta pelo dispositivo em análise.<sup>640</sup>

Em tese, portanto, o que o Projeto de Lei sugere em seu artigo 20 é que os tomadores de decisão devem ser capazes de antecipar os efeitos futuros de uma determinada decisão (administrativa, controladora ou judicial). A questão que se coloca é: como efetivamente controlar tais especulações, isto é, como torná-las confiáveis e não meros produtos de especulações intuitivas acerca do futuro? Sem um efetivo controle destas especulações, a possibilidade de ampla discricionariedade se mantém. Afinal, o referido dispositivo não indica quais os critérios que o aplicador da norma poderá utilizar para ordenar as consequências para, só então, justificar a sua preferência por alguma delas. Logo, não estando claro o critério de valoração destas consequências, o problema é que o tomador de decisão segue livre para escolhê-las livremente. E ainda que os critérios de valoração estejam fixados na lei (o que não é o caso do Projeto de Lei em questão), como são termos vagos, nada impede que a indeterminação reabra justamente os problemas que o Projeto pretende solucionar: extirpar a ampla discricionariedade do aplicador do Direito.

---

<sup>639</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 478. O autor salienta ainda que: “o próprio princípio da segurança jurídica não exige imobilidade – e, portanto, não afasta a mudança jurisprudencial. O problema, porém, não é a mudança em si, mas os seus efeitos. Se ela surpreender o indivíduo que exerceu intensamente os seus direitos de liberdade e de propriedade confiando e podendo confiar na sua permanência, a mudança de orientação pode ter efeitos negativos expressivos” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 479).

<sup>640</sup> PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Artigo 20. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 19.

Portanto, não é possível concordar integralmente com o entendimento de Flávio Henrique Unes Pereira. Em verdade, a redação do dispositivo permite justamente o contrário: a possibilidade de fugir do Direito e apegar-se tão somente às consequências fáticas da decisão (que não se resumem às consequências de cunho econômico, frise-se, apesar destas consistirem nas mais impactantes). Isto é, no anseio de evitar insegurança, acaba por se gerar mais insegurança. Portanto, concorda-se com Irene Nohara, que defende que a redação do dispositivo pode suscitar debates. A autora afirma que “a avaliação econômica é relevante, uma tendência inclusive, mas não é suficiente, por si, para dar conta de todas as situações interpretativas”. E alerta para o perigo de que “viveremos num estado de exceção permanente ditado pelo primado da realidade, onde o Direito poderá ser flexibilizado ao se deparar com os obstáculos práticos de realização”.<sup>641</sup> Caso emblemático, nesse sentido, é a decisão do juiz federal Sergio Fernando Moro que evocou a teoria do estado de exceção para justificar a divulgação de áudios entre ex-presidentes Dilma Rousseff e Luiz Inácio Lula da Silva.<sup>642</sup>

A motivação de uma decisão pública é essencial, mormente para evitar a imprevisibilidade do Poder Judiciário – e aqui, sem dúvidas, reside o aspecto positivo da proposta – entretanto, deve-se ter o cuidado para que o aplicador do Direito não vire refém e completamente submisso às consequências práticas da decisão, como permite a genérica redação do dispositivo ao falar em “consequências da decisão”. Afinal, o magistrado não pode fugir do Direito e submeter-se unicamente à realidade fática. A exceção de cada caso concreto (que é possibilitada pelo dispositivo em voga diante da abertura de sua genérica redação) acaba, pois, por gerar mais insegurança jurídica.<sup>643</sup> Como lembra Federico Arcos Ramírez, são incompatíveis com o princípio da segurança jurídica aqueles modelos de decisão que

---

<sup>641</sup> NOHARA, Irene. Proposta de alteração da LINDB (Projeto 349/2015). *Direito Administrativo por Irene Nohara*. Disponível em: <<http://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

<sup>642</sup> Tal decisão foi referendada pelo TRF-4 que entendeu que as investigações no referido caso apresentam “situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns” e que a operação “lava jato” não precisa seguir as regras processuais comuns, por enfrentar fatos novos ao Direito. Segundo o referido acórdão: “é sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada “Operação Lava-Jato”, sob a direção do magistrado representado, constituem caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns. Assim, tendo o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas de investigados na referida operação servido para preservá-la das sucessivas e notórias tentativas de obstrução, por parte daqueles, garantindo-se assim a futura aplicação da lei penal, é correto entender que o sigilo das comunicações telefônicas (Constituição, art. 5º, XII) pode, em casos excepcionais, ser suplantado pelo interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal. A ameaça permanente à continuidade das investigações da Operação Lava-Jato, inclusive mediante sugestões de alterações na legislação, constitui, sem dúvida, uma situação inédita, a merecer um tratamento excepcional (TRF-4. Autos nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, Rel. Des. Federal Rômulo Pizzolatti, Corte Especial).

<sup>643</sup> Nesse sentido, é essencial a crítica de Lenio Streck ao já mencionado “princípio da situação excepcional consolidada”, elaborado de forma *ad hoc* pela doutrina e que não encontra correspondência em qualquer dispositivo legal ou constitucional (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso...*, p. 488).

acabam por se afastar de normas gerais prévias e limitam-se à justiça individualizada do caso concreto.<sup>644</sup> Nesta senda, ainda, Elival da Silva Ramos rememora que no caso da atuação do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, é completamente injustificável que o Pretório Excelso se subordine aos fatos, ao invés da Constituição Federal.<sup>645</sup>

Especificamente no tocante às consequências econômicas, Manuel Afonso Vaz, ao expor a respeito da relação entre o Direito e a Economia, aduz que “o Direito mantém valores próprios, consubstanciados na prossecução da justiça material – diversos dos fins e valores da Economia –, e que não são redutíveis aos valores e fins estritamente económicos”.<sup>646</sup> Já Mafalda Miranda Barbosa – ao fazer uma análise da responsabilidade civil e sua relação com a Análise Econômica do Direito – propugna que não é possível que a aplicação do Direito seja pensada unicamente a partir de categorias próprias da eficiência econômica, destacando que “a instrumentalização do Direito pode conduzir a resultados verdadeiramente desastrosos, com total sacrifício da ideia de igualdade e segurança jurídica”.<sup>647</sup> No caso da responsabilidade civil, a autora diz que “de acordo com a repercussão económica que um determinado dano acarrete, assim haverá ou não direito a uma indemnização, abrindo-se a porta a uma contingência incompatível com o Estado de Direito”.<sup>648</sup>

Desse modo, a proposta do artigo 20 do Projeto de Lei nº 349/2015 deveria ser reformulada, extirpando-se totalmente a expressão “sem medir as consequências da decisão”, a fim de que o seu objetivo inicial – gerar mais segurança jurídica – não acabe configurando, na verdade, um verdadeiro “tiro no pé”, isto é, gerador de mais insegurança. Em verdade, afigura-se mais adequado o dispositivo já previsto artigo 489, §1º, inciso I, do Código de

---

<sup>644</sup> ARCOS RAMÍREZ, Federico. *La seguridad jurídica: una teoría formal*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 220.

<sup>645</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial...*, p. 245.

<sup>646</sup> VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico...*, p. 83-84.

<sup>647</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda. A recusa de conformação do jurídico pelo económico: breves considerações a propósito da responsabilidade civil. In.: CUNHA, Luís Pedro; QUELHAS, José Manuel; ALMEIDA, Teresa (Org.). *Boletim de Ciências Económicas: homenagem ao Prof. António José Avelãs Nunes*. Vol. LVII, t. I. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014. p. 656 e 669. Mafalda Miranda Barbosa, contudo, admite a importância (restrita, é verdade) da Economia para o Direito, salientando que: “a realidade económica pode aparecer como o factor impulsionador da descoberta de novas soluções para problemas, sejam eles também novos ou não. Mas não será ela – por si só – a fornecer a resposta para a questão que se enfrenta, porquanto a valoração há-de implicar o apelo a uma dimensão ético-axiológica. No fundo, a realidade económica – como dimensão da realidade – permite a abertura do sistema jurídico. Podemos até, ir mais longe e dizer que ela – enquanto dimensão da realidade – faz parte integrante do próprio sistema jurídico, condicionando-o em múltiplos aspectos (...) a economia convoca o sistema jurídico, provoca a sua abertura e condiciona a sua modelação. Porém, não esgota a intencionalidade normativa da juridicidade jurídica vigente” (BARBOSA, Mafalda Miranda. A recusa de conformação do jurídico pelo económico..., p. 640-641).

<sup>648</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda. A recusa de conformação do jurídico pelo económico..., p. 656.

Processo Civil de 2015, no sentido de proibir a utilização de conceitos jurídicos indeterminados sem que haja a explicação do motivo concreto de sua incidência.<sup>649</sup>

Feitos os comentários em relação ao sistema judicial brasileiro em geral, passa-se a expor uma alternativa que permite a fuga de tais problemas, vale dizer, a opção pela arbitragem no âmbito dos contratos regulatórios pactuados pela Administração.

### **3.3.2 A fuga do sistema judicial por meio da escolha de meios alternativos de resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública**

Para além de instrumentos concretos que mitiguem os problemas de insegurança jurídica gerados pelo Poder Judiciário, uma alternativa (e talvez, inclusive, uma opção mais prática e imediata) consiste simplesmente na própria fuga do sistema judicial mediante a opção da arbitragem.<sup>650</sup> O fato de os contratos de infraestrutura de longa duração serem incompletos possibilita que uma terceira parte, estranha às partes, dirima os conflitos que surgem ao longo da execução contratual administrativa. Afinal, como a incompletude dos contratos trata-se de uma realidade em matéria de infraestrutura e, além do mais, diversas circunstâncias deverão ser resolvidas tão somente *ex post*, um caminho viável e efetivo consiste no estabelecimento da arbitragem para resolver os conflitos.<sup>651</sup>

Além da via da arbitragem, é cabível mencionar ainda, na seara da infraestrutura, no *dispute board* como método alternativo de resolução dos conflitos.<sup>652</sup> Trata-se de um mecanismo composto por uma espécie de Comitê de Solução de Controvérsia (formado por técnicos especializados, como engenheiros e advogados), que participam da execução do

---

<sup>649</sup> NOHARA, Irene. Proposta de alteração da LINDB (Projeto 349/2015). *Direito Administrativo por Irene Nohara*. Disponível em: <<http://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

<sup>650</sup> É preciso fazer a ressalva, no entanto, que a ocorrência de algum vício jurídico no trâmite do processo de arbitragem libera a parte prejudicada do seu compromisso de não recorrer ao Poder Judiciário, haja vista que nenhuma das partes jamais irá se comprometer a acatar uma decisão irregular, que contrarie disposições legais e contratuais. Ademais disso, o compromisso arbitral vincula tão somente as partes contratantes, e não se estende a terceiros que, caso se sentirem prejudicados, sempre poderão utilizar a via judicial para a defesa de seus direitos (DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem nas parcerias público-privadas – problemas e perspectivas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 573-574).

<sup>651</sup> NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura..., p. 450.

<sup>652</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 59-79, out./dez. 2015, p. 61. Segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira, “a principal diferença entre a arbitragem e os *disputes boards* está no fato de que, no primeiro caso, a disputa será submetida ao árbitro, que não integra ou acompanha a execução do contrato, e, no segundo caso, a controvérsia será dirimida pelo colegiado de *experts*, que integra a relação contratual e acompanha a sua execução, com melhores condições, em tese, de prevenir e solucionar problemas, em virtude da redução da assimetria de informações e da celeridade da decisão” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015..., p. 61).

contrato desde o seu início. O *dispute board* permite que estes técnicos possuam condições favoráveis para a compreensão de todas as etapas da execução contratual e, por consequência, na percepção, avaliação e resolução dos conflitos que decorram do contrato. Assim, classifica-se o *dispute board* como um método de gestão contratual preventivo e garantidor de uma atuação *ex ante* do próprio conflito.<sup>653</sup>

A arbitragem configura um meio alternativo de pacificação social – e de solução dos conflitos –, disposta ao lado da estrutura jurisdicional do Estado, em que se atribui a alguém, por iniciativa e manifestação de vontade dos próprios interessados, a competência para dirimir, de forma cogente, certos conflitos a respeito de interesses disponíveis.<sup>654</sup> No entanto, como a redação originária da Lei nº 9.307/1996, não previa de forma expressa a possibilidade da Administração participar de arbitragem, existiam constantes debates doutrinários a respeito da juridicidade da arbitragem no âmbito de contratos pactuados pelo Poder Público.<sup>655</sup> Isto durou até 2015, quando a suposta controvérsia foi superada por meio da edição da Lei nº 13.129/2015, que alterou a Lei de Arbitragem para estabelecer, expressamente, que a Administração, direta e indireta, por meio da autoridade competente para realização de acordos e transações, poderá estabelecer convenção de arbitragem de direito, para dirimir eventuais conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, respeitado o princípio da publicidade (artigo 1º, §1º e §2º, e artigo 2º, §3º, da Lei nº 9.307/1996).<sup>656</sup>

Antes da Lei nº 13.129/2015 solucionar o impasse, a Lei nº 11.196/2005 já havia apresentado um grande avanço ao acrescentar à Lei Geral de Concessões o artigo 23-A que prescreve que “o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996”. E, anteriormente à edição da Lei nº 11.196/2005, a própria Lei nº 11.079/2004, em seu artigo 11, inciso III, também já havia realizado previsão expressa da utilização da arbitragem como solução de controvérsias no tocante à execução do contrato de concessão. Aliás, para

---

<sup>653</sup> GARCIA, Flávio Amaral. O *dispute board* e os contratos de concessão. *Direito do Estado*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/o-dispute-board-e-os-contratos-de-concessao>>. Acesso em: 10 out. 2016.

<sup>654</sup> ARENHART, Sergio Cruz. Breves observações sobre o procedimento arbitral. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 770, p. 1-2, 2005.

<sup>655</sup> Por outro lado, autores como Rafael Carvalho Rezende Oliveira sempre defenderam que a ausência de previsão expressa na Lei de Arbitragem não inviabilizaria a utilização da arbitragem no âmbito da Administração Pública, notadamente por permitir a concretização do princípio da eficiência (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 255-257).

<sup>656</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015..., p. 59.



além da arbitragem, os referidos dispositivos também podem ser compreendidos como fundamentos legais para a utilização do mencionado *dispute board*.<sup>657</sup>

As referidas previsões apenas evidenciam a leitura dos contratos regulatórios como incompletos e rompem com um certo preconceito de que a arbitragem não se configura adequada para dirimir litígios que envolvem a Administração Pública, tendo em vista que a utilização de tal mecanismo é restrita tão somente aos direitos disponíveis (o que supostamente encontraria óbice no princípio da indisponibilidade do interesse público).<sup>658</sup> Eros Roberto Grau, a propósito, rechaça este entendimento ao afirmar que não existe qualquer ligação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público. A disponibilidade dos direitos patrimoniais significa a possibilidade de transferi-los a terceiros, o que é bem diferente da indisponibilidade do interesse público.<sup>659</sup> Desse modo, tem-se como indiscutível que a própria Administração, para a realização do interesse público, pode dispor de seu patrimônio, em que pese encontre limites em alguns casos como, por exemplo, a indisponibilidade atinente aos bens públicos de uso comum.<sup>660</sup> No mesmo sentido, encontra-se a lição de Rafael Carvalho Rezende Oliveira, que, em relação à suposta incompatibilidade, afirma que “não se trata de dispor do interesse público para satisfazer outra categoria de interesse, mas de definir o

---

<sup>657</sup> GARCIA, Flávio Amaral. *O dispute board e os contratos de concessão. Direito do Estado*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/o-dispute-board-e-os-contratos-de-concessao>>. Acesso em: 10 out. 2016.

<sup>658</sup> Sérgio Cruz Arenhart lembra que, desde que se trate de direitos disponíveis da Administração Pública – ou até mesmo de efeitos disponíveis de direitos indisponíveis de interesse públicos – e desde que não haja algum obstáculo à instituição da arbitragem, determinada por expressa vedação legal (ou até mesmo pela própria natureza especial da relação jurídica) – o que não é o caso da legislação das parcerias público-privadas, como visto – pode-se, então, sujeitar a questão ao juízo arbitral (ARENHART, Sérgio Cruz. Breves observações sobre o procedimento arbitral...). Entendimento diverso, contudo, é o de Celso Antônio Bandeira de Mello, que defende que o dispositivo incluído pela Lei nº 11.196/2005 é inconstitucional. Nas palavras do referido autor: “é inadmissível que se possa afastar o Poder Judiciário quando em pauta interesses indisponíveis, como o são os relativos ao serviço público, para que particulares decidam sobre matéria que se constitui em *res extra commercium* e que passa, então, muito ao largo da força decisória deles. É da mais solar evidência que particulares jamais teriam qualificação jurídica para solver questões relativas a interesses públicos, quais as que se põem em um ‘contrato’ de concessão de serviço público. Chega a ser grotesco imaginar-se que o entendimento revelado em decisão proferida por sujeito privado possa se sobrepor à inteligência proveniente de uma autoridade pública no exercício da própria competência. Disparate de um tão desabrido teor só poderia ser concebido no dia em que se reputasse normal que os motoristas multassem os guardas de trânsito, que os contribuintes lançassem tributos sobre o Estado e os cobrassem executivamente ou em que os torcedores, nos estádios de futebol, colocassem ordem nas forças da polícia, dissolvendo algum ajuntamento delas” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...*, p. 732).

<sup>659</sup> GRAU, Eros Roberto, Arbitragem e contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. v. 32. São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>660</sup> GRAU, Eros Roberto, Arbitragem e contrato administrativo...

melhor caminho para atender o interesse público previamente definido nas cláusulas contratuais”.<sup>661</sup>

Com a consagração da possibilidade de a Administração Pública participar de processos arbitrais pela Lei nº 13.129/2015, a arbitragem desponta, portanto, como uma boa alternativa ao sistema judicial. A afirmação se justifica pela incontestável maior *expertise* do árbitro em lidar com complexos contratos de infraestrutura em comparação com o Poder Judiciário, além da condição de a arbitragem permitir maior celeridade para resolução do conflito.<sup>662</sup> Com efeito, a opção pela arbitragem representa uma solução mais eficiente para a resolução de problemas contratuais relacionados às questões essencialmente patrimoniais ou técnicas (que digam respeito a direitos disponíveis).<sup>663</sup> Portanto, são diversas as vantagens que a escolha pela arbitragem proporciona, como, por exemplo: maior celeridade e flexibilidade procedimental (assegurando o ideal de calculabilidade), em virtude de prazos mais reduzidos, limitação de recursos e possibilidade de estipulação das regras procedimentais pelas próprias partes (artigo 21, 23 e 30, da Lei de Arbitragem); e a tecnicidade e a especialização dos julgadores (assegurando os ideais de cognoscibilidade e confiabilidade), tendo em vista que a decisão do árbitro possui maior potencial de aceitabilidade pelas partes, que indicaram os árbitros de sua confiança, com elevado conhecimento técnico sobre a questão posta à julgamento (conforme previsão do artigo 13, da Lei de Arbitragem).<sup>664</sup> Destarte, as citadas vantagens contribuem na flexibilização dos problemas judiciais que assolam os setores de infraestrutura (morosidade e imprevisibilidade judicial), assegurando os ideais cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.

Deve-se, pois, pensar a arbitragem como uma fórmula alternativa de resolução de conflitos em temas que envolvem infraestrutura, abrindo mais espaço para a denominada Administração Pública consensual.<sup>665</sup> Para Marcos Nóbrega, “vê-se, pois, importante avanço que já percebe a incompletude contratual deliberada do contrato administrativo e destaca a

---

<sup>661</sup> E o autor complementa: “o árbitro não dispõe sobre o interesse público, mas se o contrato foi cumprido corretamente ou não pelas partes” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015..., p. 67).

<sup>662</sup> NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura..., p. 450.

<sup>663</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015..., p. 64.

<sup>664</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015..., p. 69.

<sup>665</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 241. p. 241-271, jul./set. 2005.

arbitragem como meio hábil para economizar custos de transação e encontrar uma razoável situação *second best* de eficiência”.<sup>666</sup>

Além da arbitragem, é possível também defender uma maior utilização do *dispute board* em contratos de infraestrutura, tendo em vista o elevado vulto econômico e complexidade que caracterizam tais avenças, configurando um importante instrumento alternativo de resolução dos conflitos.<sup>667</sup> Aliás, costuma-se dizer que a confiança consiste na base do *dispute board*, pois são as próprias partes que indicam os profissionais responsáveis pelo acompanhamento da execução do objeto contratual desde o seu início. Vale dizer, a construção de uma solução a partir de mecanismos respaldados na base do consenso, como é o caso do *dispute board*, pode se manifestar como um modo mais eficiente na elucidação das intercorrências que surjam ao longo da execução contratual. Nesse passo, Flávio Amaral Garcia defende a aplicação do *dispute board* para os contratos administrativos, agregando eficiência, previsibilidade, gestão e transparência na execução contratual.<sup>668</sup>

Os dispositivos entabulados no artigo 1º, §1º, da Lei nº 9.307/1996 e artigo 11, inciso III, da Lei nº 11.079/2004, precisam ser mais utilizados na prática da contratação administrativa. Afinal, trata-se de um importante instrumento do Direito positivo, devidamente previsto pela legislação administrativa, que permite uma alternativa à utilização do sistema judicial. Além disso, em virtude das peculiaridades inerentes ao objeto das parcerias público-privadas, por exemplo, desponta a necessidade de serem realizados ajustes na legislação pátria de arbitragem, mediante a criação de um procedimento arbitral específico, a fim de atribuir maior proteção e segurança ao interesse dos agentes econômicos.<sup>669</sup> Como exemplo, a Lei nº 12.815/2013 previu em seu artigo 62, §1º, a possibilidade de utilização de arbitragem no setor portuário. O dispositivo foi regulamentado pelo Decreto nº 8.465/2015 e definiu regras específicas, como, por exemplo, que para a escolha de árbitro ou de instituição arbitral será considerada contratação direta por inexigibilidade de licitação.

É verdade que a simples abertura para a possibilidade de utilização da arbitragem e do *dispute board* em contratos regulatórios configura uma grande evolução para a resolução de litígios na seara do Direito Administrativo e um importante mecanismo para diminuir a

---

<sup>666</sup> NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura..., p. 450.

<sup>667</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015..., p. 61.

<sup>668</sup> GARCIA, Flávio Amaral. O *dispute board* e os contratos de concessão. *Direito do Estado*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/o-dispute-board-e-os-contratos-de-concessao>>. Acesso em: 10 out. 2016.

<sup>669</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas..., p. 267-268.

insegurança em temas de infraestrutura.<sup>670</sup> Mas o que é imprescindível destacar é que a previsão legal expressa, em si, não significa muito se não houver uma cultura dos gestores públicos pela utilização de mecanismos negociais dentro da Administração Pública. A cultura de utilizar mecanismos alternativos de solução dos deve começar de alguma forma nos serviços públicos de infraestrutura no Brasil. Não basta somente prever a possibilidade na legislação se ela não é aplicada na prática pelos administradores e, ao lado disso, permitida pelos órgãos de controle. Na medida em que os agentes econômicos puderem realmente dispor de mecanismos efetivos e eficientes para solução rápida de conflitos originados de contratos de infraestrutura, isso não apenas contribuiria para desafogar o Poder Judiciário (e amenizando – ainda que relativamente, é verdade – o problema da morosidade judicial), como daria mais agilidade à própria Administração Pública e maior segurança jurídica ao setor privado da economia.<sup>671</sup>

### **3.4 Considerações finais parciais: a segurança jurídica em todo lugar – segurança por todos Poderes Públicos e para todos os agentes econômicos de infraestrutura**

*Ex positis*, afirma-se que segurança deve ser encarada *como um dever dos Poderes Públicos e como um direito dos agentes econômicos*. Isto é, a segurança jurídica deve ser efetivada *por* todos Poderes estatais e *para* todos os agentes econômicos que exploram a infraestrutura nacional, por intermédio de *contratos regulatórios*. Repise-se, nesse passo, a lição que salienta que o princípio da segurança jurídica concretiza o ideal de *respeitabilidade* do cidadão (*in casu*, o agente econômico que explora a infraestrutura), que é realizado com *inteligibilidade, lealdade e suavidade* da atuação do Estado. Com efeito, o devido respeito aos ideais parciais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade em matéria de infraestrutura, por parte dos três Poderes Públicos, materializa um ideal maior de *moderação estatal*.<sup>672</sup>

Frise-se: todos os agentes econômicos, como exploradores da infraestrutura e parceiros do Estado na busca pelo desenvolvimento nacional (nos termos do artigo 3º, inciso II, da Constituição) merecem a proteção do Poder Público e, por conseguinte, que o princípio constitucional da segurança jurídica seja efetivado pelos três Poderes estatais, garantindo-se o atendimento dos seus ideais parciais. Todos os agentes econômicos, portanto, devem possuir a

---

<sup>670</sup> NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura..., p. 451.

<sup>671</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem nas parcerias público-privadas..., p. 576.

<sup>672</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 684.

segurança de que não serão *enganados, frustrados e surpreendidos* pela atuação do Estado e de que serão devidamente respeitados por intermédio de um ideal maior de moderação estatal. O princípio da segurança jurídica configura, assim, a face jurídica da dignidade da pessoa humana.<sup>673</sup>

Mesmo na hipótese de exploração da infraestrutura que não está vinculada à exploração direta de um serviço público, tem-se como indiscutível a sua importância para o desenvolvimento socioeconômico do país, a ponto dela, inclusive, sofrer os influxos da regulação estatal, como ocorre no caso do setor portuário por meio das chamadas autorizações regulatórias. Portanto, tais agentes econômicos, à semelhança dos concessionários de serviço público, também merecem a consolidação de um estado de segurança jurídica por parte dos três Poderes Públicos.

O Estado, a fim de possibilitar o incremento da infraestrutura nacional e complementar o investimento público (dado que a iniciativa privada vem de modo a complementar e promover melhores serviços *com* o Estado, e não em substituição a ele),<sup>674</sup> busca parceria com os agentes econômicos privados por meio de contratos regulatórios, seja por meio de contratos de desembolso e, especialmente, contratos de investimento, seja por intermédio de autorizações regulatórias.

Como foi visto, é possível falar na instituição de políticas públicas por meio de autorizações regulatórias de longa duração, tendo em vista a alta relevância que as atividades exploradas possuem para a infraestrutura. Com efeito, em matéria de infraestrutura, destacou-se que o elemento do contrato assume um papel de destaque. A leitura contratual das autorizações contribui na consolidação de segurança, ao afastar as características da unilateralidade, da discricionariedade e da precariedade; a bilateralidade, elemento essencial de qualquer contrato, o caráter vinculado e o prazo certo (de longa duração) das autorizações reforça a sua contratualização e traz uma *proteção reforçada* para o agente econômico. Assim, as autorizações regulatórias devem ser encaradas como efetivos contratos para consolidar um estado de maior segurança ao agente econômico privado. Ainda que surjam incertezas no bojo de um contrato e não configure uma condição suficiente de segurança, trata-se de uma condição efetivamente necessária. Isto é, ainda que o Estado não cumpra os deveres contratuais estipulados, o agente econômico poderá recorrer ao Poder Judiciário, que possuirá a incumbência de resolver a controvérsia em definitivo (detém a palavra final em matéria de infraestrutura). Por isso destacou-se que a segurança deve vir de *todo lugar*.

<sup>673</sup>

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 685.

<sup>674</sup>

CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura...*, p. 309.

Como defende Ávila, “ou a segurança jurídica é inteira, ou não é segurança jurídica”.<sup>675</sup> Afinal, a insegurança jurídica também é *uma só*. Por isso, insistiu-se no presente capítulo na exposição de propostas com o objetivo de *mitigar* os efeitos da insegurança, que são diversificados, a fim de promover um novo futuro para o princípio da segurança jurídica na seara da infraestrutura. Tais propostas configuram meras alternativas e especulações de um novo futuro para a relação entre infraestrutura e segurança jurídica no Brasil. À semelhança do que fez Egon Bockmann Moreira ao cogitar o futuro do chamado Direito da Regulação do Brasil, debateu-se aqui mais a respeito do passado e do presente (caracterizado pelo cenário de total insegurança), “afinal, ambos são mais palpáveis do que o imponderável futuro”.<sup>676</sup> Porém, o fato de o futuro ser inexato permite a vantagem de os juristas estarem abertos a novas possibilidades, ideias e propostas visando combater a insegurança.

Como, por exemplo, o debatido Projeto de Lei nº 349/2015, que possui o objetivo de incluir, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições para aumentar a segurança jurídica no âmbito do Direito Público. Como foi exposto ao longo desta dissertação, o Projeto possui acertos e falhas. Um dos principais pontos positivos consiste na previsão de consulta popular para todos os atos normativos emanados pelo Poder Público (conforme previsão do seu artigo 28). Já entre os seus pontos falhos está a possibilidade de consequencialismo, nos termos da disposição prevista no artigo 20. É fato que reformas pontuais não são suficientes para fazer a diferença e, de um dia para o outro, estabelecer um cenário de segurança em *terra brasiliis*, já que muito dos problemas expostos decorrem de características estruturais. Mas o grande mérito deste Projeto consiste justamente em chamar a atenção para o problema da insegurança, isto é, conferindo uma maior importância para o tema da segurança jurídica na seara do Direito Público nacional e sintetizando algumas das principais preocupações em relação à falta de segurança na realidade brasileira. O Projeto de Lei nº 349/2015 coloca a insegurança jurídica em xeque e este é seu maior triunfo.

Evidentemente, as propostas de mitigação da insegurança expostas supra não consistem em um rol *numerus clausus*. Elas devem ser aprimoradas e atualizadas constantemente, diante da evolução dinâmica do Direito Administrativo.<sup>677</sup> E, como lembra Eneida Desiree Salgado, “o aprimoramento dos institutos deve ser feito no espaço permitido pela

---

<sup>675</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica...*, p. 352.

<sup>676</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do Direito da Regulação no Brasil?. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 107-139.

<sup>677</sup> Como lembra Schmidt-Assmann, “no hay ningún ámbito del Derecho Administrativo que pueda definirse de una vez por todas; ningún sector puede entenderse en términos estáticos” (SCHMIDT-ASSMANN. *Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo...*, p. 40).

Constituição. Ou por intermédio de mudanças que recuperem o seu sentido”.<sup>678</sup> Ante a flagrante natureza constitucional do princípio da segurança jurídica, novos instrumentos de sua concretização devem ser elaborados e executados incessantemente pelos intérpretes do Direito. A problemática da insegurança *precisa* ser mais debatida pela doutrina nacional. A insegurança jurídica em matéria de insegurança jurídica precisa ser colocada em xeque pelos juristas, a fim de que novos instrumentos sejam possibilitados aos Poderes Públicos no seu dever de concretizar a segurança jurídica para os agentes econômicos.

Somente um ambiente de cooperação de *todos agentes estatais* permitirá reduzir a incerteza a um grau considerado minimamente aceitável, promovendo um novo futuro para o princípio constitucional da segurança jurídica e, por conseguinte, possibilitando o desenvolvimento socioeconômico do país.

---

<sup>678</sup> SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 259.

## CONCLUSÕES

*“No fim, o Partido anunciaria que dois e dois são cinco, e todos teriam que acreditar. (...) O bom senso era a heresia das heresias. (...) Se tanto o passado como o mundo externo só existem na mente, e se a mente em si é controlável... então?”<sup>679</sup>*

As principais ideias que sustentam a presente dissertação podem ser sintetizadas nas proposições expostas na sequência, que, fundamentalmente, evidenciam a vital relação que existe entre a segurança jurídica e infraestrutura. Pretendeu-se neste trabalho evidenciar a leitura do princípio constitucional da segurança jurídica como um dever estatal e um direito dos agentes econômicos. Assim, a partir de todas as considerações expostas ao longo deste estudo, foi possível chegar às seguintes conclusões:

1. Os princípios jurídicos podem ser compreendidos como disposições fundamentais do sistema jurídico e possuem incontestável força normativa. Não é diferente com a segurança jurídica que, em decorrência de um valor disposto no Preâmbulo da Constituição Federal, configura um princípio jurídico com *status* constitucional.
2. O princípio constitucional da segurança jurídica, como pilar do Estado Democrático de Direito, configura um expediente imprescindível para a defesa da posição jurídica dos cidadãos contra a possibilidade de arbítrio por parte do Estado. Diminuir a insegurança jurídica a um grau considerado aceitável – nunca absoluto, porquanto pragmaticamente inviável – trata-se de garantir a observância do princípio em questão.
3. O estudo do princípio da segurança jurídica pode ser esquematizado em duas dimensões: a estática e a dinâmica. A partir de tal esquematização proposta por Humberto Ávila, o princípio configura um ideal normativo de primeira grandeza, sendo que o seu ideal maior – segurança jurídica – consiste na soma de ideais parciais – cognoscibilidade (dimensão estática); e confiabilidade e calculabilidade (dimensão dinâmica). Por meio da cognoscibilidade, o princípio possui a finalidade de servir de instrumento de orientação para o cidadão, de forma a impedir que este, pautando sua ação no Direito positivo, venha a se enganar e confundir-se em relação ao que faz. Em relação à confiabilidade, a segurança

<sup>679</sup>

ORWELL, George. 1984. 29. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005, p. 81.



jurídica busca garantir e consolidar a estabilidade do Direito, preservando o passado no presente, evitando que o cidadão seja frustrado em relação à sua ação. Por fim, no que toca à calculabilidade, o princípio favorece a continuidade do Direito, resguardando o presente no futuro, impedindo que o cidadão seja surpreendido em relação à sua conduta. Assim, o princípio da segurança jurídica, ao combater o engano, a frustração e a surpresa (além da arbitrariedade estatal), evidencia o ideal de respeitabilidade do cidadão, que é concretizado com inteligibilidade, lealdade e suavidade da atuação dos Poderes Públicos.

4. Desse modo, o princípio constitucional da segurança jurídica configura uma norma-princípio que exige dos Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) o emprego de condutas que contribuam mais para a existência, em benefício estrito dos indivíduos, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade, com fulcro na sua cognoscibilidade, configurando um mecanismo garantidor de respeito à sua capacidade de, sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade, programar responsavelmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.

5. Em relação ao conceito de infraestrutura, a noção de “rede” consiste no enfoque mais expressivo para a sua caracterização. A partir deste elemento, o conceito de infraestrutura empregado por André Castro Carvalho é esclarecedor: as infraestruturas são instalações essenciais artificiais, de uso civil, com nós e enlaces que acarretam o efeito rede, dimensionadas no tempo e espaço, configurando um importante instrumento ao desenvolvimento socioeconômico do país. Assim, o “efeito rede” valoriza a vinculação direta que se costuma realizar entre a infraestrutura e o desenvolvimento socioeconômico. O incremento da infraestrutura consiste em uma condição essencial para o desenvolvimento nacional e assume um papel de destaque na vida da população, satisfazendo as suas necessidades mais básicas.

6. O desenvolvimento configura um direito fundamental dos cidadãos assegurado pelo texto constitucional, disposto no artigo 3º, inciso II, e justifica o financiamento público em infraestrutura, visando melhoria na vida dos cidadãos; ademais, a busca pelo desenvolvimento também justifica o estabelecimento de parcerias com agentes econômicos privados para o incremento dos setores de infraestrutura. Dessa forma, o Estado atua no âmbito econômico, por meio do Direito (respaldado pelos princípios consagrados no artigo 170 da Constituição Federal), perseguindo os seus objetivos fundamentais: para garantir o desenvolvimento

nacional (fim), um dos meios consiste justamente na melhoria da infraestrutura. E a utilização deste meio pode ocorrer recorrendo-se aos agentes econômicos privados.

**7.** A despeito da elevada importância dos investimentos privados, não deve se perder de vista o Estado Social consagrado pela Constituição Federal. O financiamento privado nos setores de infraestrutura deve ser encarado como uma complementação aos investimentos públicos, vez que a obrigação social para o Estado prover a infraestrutura permanece.

**8.** Diante da necessidade de investimentos privados nos setores de infraestrutura como forma de complementar a participação pública, impõe-se a necessidade de observância ao princípio constitucional da segurança jurídica. Investimentos em setores de elevado impacto na sociedade, como portos, rodovias, telecomunicações, enfim, nos mais diversos setores da economia, realizados majoritariamente por meio de contratos de longa duração, necessitam de respeito à segurança jurídica.

**9.** As principais formas de exploração da infraestrutura por meio da participação dos agentes econômicos privados consistem na concessão – seja por meio de sua feição tradicional, a concessão de serviço público, seja por meio das modalidades patrocinada e administrativa (parcerias público-privadas) –, na permissão de serviço público e na assim denominada autorização regulatória.

**10.** No caso de setores como portos e telecomunicações, que permitem a sua exploração por autorizações, tais instrumentos distanciam-se das características clássicas do instituto construído pela doutrina administrativista (autorização do poder de polícia), isto é, precariedade, discricionariedade e unilateralidade (sem caráter contratual). As chamadas autorizações regulatórias previstas no artigo 21 da Constituição configuram uma terceira via das atividades imputadas ao Poder Público, com submissão ao regime jurídico de Direito Privado Administrativo, não configurando a execução de um serviço público. Tais autorizações permitem a exploração privada da infraestrutura, com reflexos para o desenvolvimento nacional; por conseguinte, são utilizadas como instrumentos de regulação e instituidoras de políticas públicas (em que pese a atividade seja eminentemente privada).

**11.** A insegurança jurídica em matéria de infraestrutura está difundida pelos três Poderes Públicos. No caso da atuação do Poder Legislativo, a insegurança provém de alterações legislativas bruscas e drásticas (que geram violação à calculabilidade), alterações legislativas

excessivas (que causam problemas de confiabilidade) e, finalmente, também a excessiva complexidade e indeterminação da legislação regulatória de infraestrutura (que promove problemas de cognoscibilidade).

**12.** A competência normativa regulatória das agências, à semelhança do que ocorre com a competência legislativa, também ocasiona insegurança jurídica e ofende os ideais que compõem o conteúdo do princípio da segurança jurídica. A excessiva edição de resoluções, por exemplo, pelas agências reguladoras, além de alterações bruscas das normas, gera um cenário de insegurança em vários setores, como ocorreu no setor de telecomunicações.

**13.** Apesar de os contratos administrativos de longa duração configurarem verdadeiros instrumentos de governo e efetivos contratos regulatórios, a quebra contratual – e, por consequência, o panorama de insegurança jurídica no seio dos contratos de investimento – configura prática recorrente na realidade nacional, o que acaba por violar o ideal de confiabilidade que integra o conteúdo do princípio da segurança jurídica. Mas o cenário de quebra contratual não se restringe aos ditos contratos de investimento. Os contratos de desembolso, decorrentes da Lei nº 8.666/1993 também são frequentemente quebrados pelo Poder Público. O inadimplemento de tais contratos acaba tendo um efeito indireto até mesmo para os investidores que pretendem explorar determinado setor da infraestrutura nacional por intermédio de um contrato de parceria público-privada, visto que reforça uma sensação crescente de insegurança no Brasil. Portanto, a insegurança jurídica *por todo o lugar*, que não se limita aos contratos de investimento, mas que também engloba a insegurança dos contratos de desembolso. A quebra dos contratos pela Administração configura uma prática arraigada no âmbito do Estado brasileiro. Mas a insegurança na execução contratual não decorre somente da atuação do Poder Executivo; para além dos Poderes Públicos, os órgãos de controle (como é o caso do TCU) também surgem como causadores de insegurança jurídica nos setores de infraestrutura. A fim de evitar problemas na execução dos contratos de investimento, devem eles ser compreendidos a partir da ideia de segurança dinâmica e de sua incontestável incompletude. Todavia, isto não significa que tudo em um contrato seja mutável; resta absolutamente inviável, por exemplo, a possibilidade de alteração da equação econômico-financeira do contrato administrativo.

**14.** As autorizações regulatórias configuram verdadeiros contratos regulatórios, por meio do qual o Estado institui políticas públicas. Além de configurar um efetivo contrato

regulatório, as autorizações também se revestem do elemento da longa duração, sendo possível falar, por conseguinte, em autorizações regulatórias de longa duração. Porém, a justificativa da instituição de políticas públicas por meio de uma autorização acaba, em certas hipóteses, onerando os agentes econômicos. Algumas amostras extraídas da Lei nº 12.815/2013 confirmam este cenário de insegurança.

**15.** A morosidade dos tribunais consiste em um dos principais problemas do Poder Judiciário e viola o ideal de calculabilidade referente ao princípio da segurança jurídica, tendo em vista que tal ideal não se satisfaz tão somente quando os agentes econômicos podem calcular o espectro reduzido das consequências possíveis, mas, também, quando o lapso de tempo para uma decisão definitiva não é extenso.

**16.** A imprevisibilidade das decisões judiciais também desponta como uma das principais imperfeições do Poder Judiciário, haja vista que tal conjuntura propicia a existência de decisões conflitantes, inclusive dentro de um mesmo tribunal. Este cenário decorre de um contexto crescente de ativismo judicial e de um maior protagonismo do Poder Judiciário no ambiente institucional. Em razão deste ativismo, os magistrados adquirem amplos poderes que elevam a insegurança para os particulares, violando os ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade. O Poder Legislativo quando pretende coibir a abertura de interpretação por parte do Judiciário intensifica a produção legislativa o que, todavia, acabar por gerar o efeito contrário: mais discricionariedade judicial. Tal fato põe em evidência como os problemas de insegurança estão interligados: a inflação e complexidade legislativa ocasiona discricionariedade judicial e, conseqüentemente, imprevisibilidade das decisões. Aliado à imprevisibilidade das decisões judiciais, tem-se juízes completamente despreparados para lidarem com complexos temas de infraestrutura.

**17.** No caso das alterações legislativas bruscas e drásticas, a adoção de normas de transição constitui a solução mais adequada para assegurar o ideal de calculabilidade. Nos casos em que os marcos regulatórios não prevejam normas de transição, impõe-se a responsabilização estatal e a indenização do particular após a constatação de todos os requisitos necessários para a proteção da confiança legítima, configurando instrumentos repressivos de amenização dos efeitos causados pelas alterações bruscas e drásticas. Aliás, a omissão na previsão de normas de transição nos marcos regulatórios da infraestrutura abre a

possibilidade aos devidamente legitimados de propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) perante o Supremo Tribunal Federal.

**18.** Além das alterações legislativas bruscas e drásticas, tem-se em matéria de infraestrutura inovações legislativas com excessiva complexidade ou indeterminação, que ofendem o ideal de cognoscibilidade, e inovações legislativas excessivas, que afrontam a confiabilidade. Para amenizar tais efeitos e assegurar a observância do princípio da segurança jurídica, as inovações legislativas devem ser claras, precisas e estáveis, a fim de evitar o engano e a frustração por parte dos agentes econômicos privados.

**19.** No que concerne ao problema do inadimplemento contratual, uma das soluções possíveis para lidar com o problema consiste na instituição de um cadastro público das Administrações inadimplentes, indicando os entes públicos que possuem dívida contratual. Além disso, a instituição de uma sanção (como o sequestro dos valores previsto no artigo 100, §6º, da Constituição) para o desrespeito à ordem cronológica para pagamento de contratos (artigo 5º, da Lei nº 8.666/1993) também configura um antídoto possível para flexibilizar os problemas de insegurança que o calote da Administração Pública ocasiona.

**20.** Ainda em relação aos problemas de incerteza na execução dos contratos públicos, o PPP MAIS despontou como uma grande novidade no final de 2015. Tratava-se de um anteprojeto que possuía a pretensão de estabelecer eficiência, aliada à necessidade de segurança jurídica nas contratações administrativas. Em relação à execução contratual, por exemplo, o anteprojeto estipulava regras explícitas e limitadas para eventual alteração do contrato, com restrição à celebração de termos aditivos. O anteprojeto em questão acabou não entrando em pauta no Congresso Nacional, mas influenciou a edição da Medida Provisória nº 727/2016 (e posteriormente convertida na Lei nº 13.334/2016), que instituiu o chamado Programa de Parcerias de Investimentos (PPI). Vários elementos do PPP MAIS foram importados pelo PPI: um exemplo concreto consiste no denominado “consórcio especial de liberações”, conforme previsão do artigo 17, da Lei nº 13.334/2016.

**21.** Em relação às autorizações regulatórias, os problemas demonstraram que, apesar da proteção reforçada proporcionada pela leitura contratual, os agentes econômicos ainda vivenciam uma conjuntura de insegurança na execução dos contratos públicos. Assim, ainda que a análise como efetivos instrumentos contratuais das autorizações contribua

demasiadamente na defesa da situação jurídica dos indivíduos e configure uma proteção reforçada, ela não configura uma característica suficiente. Mas a contratualização é essencial para um cenário de mais segurança pois permite, por exemplo, que os contratados busquem seus direitos no Poder Judiciário. Vale dizer, o instrumento do contrato é benéfico aos agentes econômicos, porquanto externaliza, desde o começo da relação contratual, os direitos e os deveres a que as partes estarão incumbidas, *reforçando* a proteção dos sujeitos regulados.

**22.** No âmbito das agências reguladoras, com o objetivo de evitar problemas como a juridificação do ambiente regulatório, desponta a ideia de *due process of law making*. Nesse contexto, surge a previsão do Projeto de Lei nº 349/2015 que determina que a edição de atos normativos será precedida de consulta pública para manifestação dos interessados. Aliás, o referido Projeto possui o objetivo de incluir, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições para aumentar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do Direito Público. A previsão disposta no seu artigo 28 visa contribuir na mitigação dos efeitos das alterações normativas bruscas e excessivas, visto que, ao abrir a possibilidade de interessados se manifestarem no processo regulatório, evita-se a surpresa dos indivíduos que poderão se antecipar às mudanças, permitindo que o ideal de calculabilidade seja respeitado. Ademais, propicia que as alterações excessivas sejam limitadas, evitando-se a frustração e melhorando o estado de confiabilidade, vez que o Poder Público estará vinculado às manifestações nas mudanças que pretender realizar. Por fim, em relação à cognoscibilidade, ao permitir a consulta pública, abre-se espaço para que os agentes econômicos ofereçam propostas que afastem os problemas de indeterminação e excessiva complexidade dos atos normativos, evitando-se, assim, o engano dos agentes econômicos. Aliás, a possibilidade de consulta pública anteriormente à edição de atos normativos pelas agências encontra-se relacionada à chamada Análise de Impacto Regulatório (AIR). Todavia, na maioria das vezes as manifestações dos interessados não são levadas em consideração pelas agências: elas meramente colhem as “contribuições” e proferem suas decisões, independentemente da efetiva análise das manifestações. Portanto, não basta existir a mera previsão legal: é necessário que ela efetivamente ocorra na prática.

**23.** Para além de uma maior utilização da consulta pública no processo regulatório, uma alternativa a fim de flexibilizar os problemas que geram insegurança consiste na instituição de um marco regulatório federal das agências reguladoras, com atribuições bem definidas dos seus limites e possibilidades, notadamente no que se refere à competência normativa

regulatória. A elaboração desta lei-quadro pode contribuir para a autonomia e para o reforço do desenho institucional das agências, evitando problemas como a captura dos reguladores pelos sujeitos regulados. Além disso, este reforço institucional das agências pode-se dar também com um incremento quantitativo e qualitativo do ferramental de análise de impactos regulatórios (AIR), permitindo uma maior credibilidade, bem como um instrumento de fortalecimento das agências perante a sociedade. Permite uma maior previsibilidade da regulação nacional (afastando-se assim uma atuação unilateral e arbitrária por parte das agências) e, por consequência, atende o ideal de elevar a segurança jurídica no ambiente regulatório, porquanto afastará alterações normativas bruscas, reiteradas e, para além das alterações, evitará inovações com conteúdo impreciso, indeterminado e complexo.

**24.** Como possível solução para os problemas de morosidade e de imprevisibilidade do Poder Judiciário, impõe-se o incremento de recursos humanos e materiais por parte do Estado. Ademais, o aspecto cultural é imprescindível no combate a tais problemas, visto que reflete diretamente na qualidade da prestação jurisdicional. Vale dizer, um bom Código de Processo Civil e recursos adequados de nada servem sem a competência dos protagonistas do processo. Assim, os gastos relativos ao Judiciário podem ser mais destinados a investimentos na formação destes agentes. A metodologia dos concursos públicos deve ser urgentemente reformulada, a fim de afastar a lógica técnico-burocrática que identifica o atual modo de recrutamento dos magistrados. Além disso, está na moda falar em “precedentes judiciais” como forma de – supostamente – garantir a segurança jurídica, especialmente a partir do Código de Processo Civil de 2015. Entretanto, é necessário ter cuidado com a importação acrítica de modelos escorados no *common law*. Os provimentos judiciais dispostos no artigo 927 do Código de Processo Civil não configuram verdadeiros precedentes judiciais, mas podem contribuir no combate aos problemas da morosidade e da imprevisibilidade judicial.

**25.** Para além de soluções que atenuem os problemas institucionais do Poder Judiciário, uma alternativa viável consiste na própria fuga do sistema judicial por intermédio de instrumentos alternativos de resolução das controvérsias. É o caso da arbitragem, que deve ser encarada como uma efetiva fórmula alternativa de resolução de conflitos em temas que envolvem infraestrutura, abrindo mais espaço para a denominada Administração Pública consensual. Além da arbitragem, é possível também defender uma maior utilização do *dispute board* em contratos de infraestrutura, tendo em vista o elevado vulto econômico e complexidade que caracterizam tais avenças.

A insegurança jurídica, em matéria de infraestrutura, encontra-se difundida *por todo o lugar*: nos três Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário), na execução dos contratos regulatórios de infraestrutura, na atuação das agências reguladoras e dos órgãos de controle etc. À semelhança do que George Orwell já apregoava em sua clássica obra distópica, "guerra é paz, liberdade é escravidão, ignorância é força",<sup>680</sup> tem-se um verdadeiro panorama de duplipensamento arraigado na prática administrativa brasileira ("insegurança é segurança"). Insegurança jurídica generalizada no contexto nacional. Mas tal conjuntura de insegurança nos setores de infraestrutura não pode ser aceita como uma realidade imposta pelos Poderes Públicos a ponto de os agentes econômicos e os estudiosos do Direito acomodarem-se com ela. Assim como dois e dois não são cinco, uma realidade de insegurança não configura um cenário aceitável e conforme ao princípio da segurança jurídica. Esta lamentável realidade precisa ser revertida. Vale dizer, a insegurança jurídica não pode ser encarada com normalidade e aceita como uma realidade padronizada. Os Poderes estatais precisam se mover em direção a um cenário que consolide um maior grau de segurança aos agentes econômicos ou, pelo menos, reduzir esta insegurança a um grau considerado aceitável. Trata-se de um dever constitucional por parte dos Poderes Públicos. E de um direito constitucional dos agentes econômicos e dos cidadãos que usufruem das infraestruturas, à luz do direito ao desenvolvimento, consagrado na Constituição Federal.

*A insegurança jurídica precisa ser colocada em xeque.* E aí entra o papel dos intérpretes do Direito na sugestão e elaboração incessante de propostas a fim de que os Poderes Públicos possam concretizar o princípio da segurança jurídica nos setores de infraestrutura. Esse foi o humilde objetivo desta dissertação: colocar a insegurança jurídica em xeque e apontar modestas sugestões com o objetivo de amenizar tal lastimosa realidade. Algumas destas poucas propostas foram expostas no terceiro capítulo. Mas é preciso muito mais. Espera-se que o presente estudo configure um estímulo para que cada vez mais juristas estudem o tema. Um novo futuro para a relação entre segurança jurídica e infraestrutura precisa ser construído no Brasil.

A segurança jurídica deve ser garantida *por* todos atores estatais e *para* todos os agentes econômicos que exploram a infraestrutura nacional.

---

<sup>680</sup>

ORWELL, George. 1984..., p. 7.



## REFERÊNCIAS

“Parlamentares criticam retirada de projeto sobre Agências Reguladoras”. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/437842-PARLAMENTARES-CRITICAM-RETIRADA-DE-PROJETO-SOBRE-AGENCIAS-REGULADORAS.html>> Acesso em: 04 set. 2015.

“Recuperação da iniciativa privada passa pela iniciativa privada, diz CNI”. *Valor*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4769005/recuperacao-da-infraestrutura-passa-pela-iniciativa-privada-diz-cni>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

“TCU permite renovação por 30 anos de concessões no setor elétrico”. *Folha*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/09/1679634-tcu-permite-renovacao-por-30-anos-de-concessoes-no-setor-eletrico.shtml>>. Acesso em: 15 maio 2016.

ACKERMAN, Bruce. *La Justicia Social en el Estado Liberal*. Trad.: Carlos Rosenkrantz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). Disponível em: <[http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/5261/Concessoes\\_Rodoviaras.html](http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/5261/Concessoes_Rodoviaras.html)>. Acesso em: 15 maio 2016.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad.: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997 [1986].

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

\_\_\_\_\_. Princípios da Administração Pública e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

\_\_\_\_\_. Fernando Dias Menezes de. Teoria da Regulação. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; DOS SANTOS, Márcia Walquíria Batista (Org.). *Curso de direito administrativo econômico*. v. III. São Paulo: Malheiros, 2006.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de Serviços Públicos: novas tendências*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMORIM, Luís Felipe Carrari. *Terminal porto-indústria, exploração do pré-sal e a transição no regime de autorizações*. Disponível em: <<http://miller.adv.br/artigos/terminal-porto-industria-exploracao-do-pre-sal-e-a-transicao-no-regime-de-autorizacoes/>>. Acesso em: 2 jun. 2016.

ANSOLABEHERE, Karina. Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia. *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. n. 22, abril. 2005.

ANZOLA GIL, Marcela. *El paradigma de la seguridad jurídica en un Estado en transformación: el caso de la inversión extranjera*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades privadas regulamentadas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. Delegações de serviço público, *Revista Zênite de Direito Administrativo – IDAF*, Curitiba, n. 82, p. 966-967, maio. 2008.

\_\_\_\_\_. O marco regulatório dos serviços públicos. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 27, set. 2004. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=50327>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Omissão no exercício do poder normativo das agências e a concorrência desleal. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ARAÚJO JÚNIOR, José Tavares de. A regulação econômica nos setores de infra-estrutura no Brasil. In: MOTTA, Ronaldo Seroa da; SALGADO, Lucia Helena (Ed.). *Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer*. Rio de Janeiro: IPEA, 2005.

ARCOS RAMÍREZ, Federico. *La seguridad jurídica: una teoría formal*. Madrid: Dykinson, 2000.

ARENHART, Sergio Cruz. Breves observações sobre o procedimento arbitral. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 770, p. 1-2, 2005.

ARRUDA, Samuel Miranda. Comentários ao artigo 5º, inciso LXXVIII. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

ASCHAUER, David Alan. Why is infrastructure important? *Conference series – Federal Reserve Bank of Boston*, v. 34, June 1990. Disponível em: <<https://www.bostonfed.org>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, abr./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=67732>>. Acesso em: 7 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. A segurança jurídica e as alterações no regime jurídico do servidor público. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

\_\_\_\_\_. Concessões, permissões e autorizações de serviço público. In BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BAPTISTA, Patrícia. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da Administração Pública. A proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limites à retroatividade normativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE*, Salvador, Instituto de Direito Público, n. 11, jul./ago./set., 2007, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-11-JULHO-2007-PATRICIA%20BATISTA.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

BANCO MUNDIAL (WORLD BANK). *Como revitalizar os investimentos em infraestrutura no Brasil: políticas públicas para uma melhor participação do setor privado*. v. I: relatório principal. Washington, D.C.: Banco Mundial, 2007.

BARBOSA, Mafalda Miranda. A recusa de conformação do jurídico pelo econômico: breves considerações a propósito da responsabilidade civil. In.: CUNHA, Luís Pedro; QUELHAS, José Manuel; ALMEIDA, Teresa (Org.). *Boletim de Ciências Económicas: homenagem ao Prof. António José Avelãs Nunes*. Vol. LVII, t. I. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn)Thesis*. (Rio de Janeiro), v. 5, p. 23-32.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. Infraestrutura e desenvolvimento. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Entre política e expertise: a repartição de competências entre o governo e a Anatel na Lei Geral de Telecomunicações. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 16, nov./dez./jan. 2009.

BONELLI, Cláudia Elena; IAZETTA, Rodnei. Marco regulatório das atividades alvo das PPPs. *Conexão Migalhas*, ano 1, n. 1.

BRITTO, Carlos Ayres; PONTES FILHO, Valmir. Direito adquirido contra as emendas constitucionais. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Administrativo e Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CABRAL, Célia da Costa. *A Justiça e seu impacto sobre as empresas portuguesas*. Disponível em: <[https://www.bportugal.pt/pt-PT/EstudosEconomicos/Conferencias/Documents/2002DesenvEcon/Paper\\_13.pdf](https://www.bportugal.pt/pt-PT/EstudosEconomicos/Conferencias/Documents/2002DesenvEcon/Paper_13.pdf)>. Acesso em: 30 jun. 2016.

CÂMARA, Jacintho Arruda. As autorizações da Lei Geral de Telecomunicações e a teoria geral do direito administrativo. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações* 2/55-68. Belo Horizonte, Fórum, jul./dez. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao artigo 4º. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHO, André Castro. *Direito da Infraestrutura: perspectiva pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. Rio de Janeiro: Record, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. Poder político e capitalismo. In: CUNHA, Luís Pedro; QUELHAS, José Manuel; ALMEIDA, Teresa (Org.). *Boletim de Ciências Económicas: homenagem ao Prof. António José Avelãs Nunes*. Vol. LVII, t. I. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2009*. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, Conselho Nacional de Justiça, 2009.

\_\_\_\_\_. *Justiça em Números 2014*. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, Conselho Nacional de Justiça, 2014.

COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *O serviço postal no Direito brasileiro*. Curitiba: JM, 2006.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa de regulação. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 13-31, 2003.

CUÉLLAR, Leila. *Introdução às agências reguladoras brasileiras*. Belo Horizonte, Fórum, 2008.

DA ROS, Luciano. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. *Newsletter. Observatório de elites políticas e sociais do Brasil*. NUSP/UFPR, v.2, n. 9, p. 1-15.jul. 2015.

DAL POZZO, Augusto Neves; JATENE, Pedro. Os principais atrativos das parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura pública e a necessidade de planejamento adequado para sua implantação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem nas parcerias público-privadas – problemas e perspectivas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DELGADO, José Augusto. *A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 4 ago. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum.

\_\_\_\_\_. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad.: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007 [1978].

FARACO, Alexandre Ditzel. Regulação das Telecomunicações. In: SCHAPIRO, Mario Gomes. *Direito e Economia na Regulação Setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FERREIRA, William Santos. Comentários ao art. 371. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FONSECA, Juliana Pondé. *Problemas estruturais do Judiciário brasileiro: por um processo civil factível*. Curitiba, 2011. 170f. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos: franquias, concessão, permissão e PPP*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. Princípio da segurança jurídica e a Lei nº 9.784/99. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

\_\_\_\_\_. Princípio da segurança jurídica e sua influência na revogação das licitações. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.

FRISCHMANN, Brett M. An economic theory of infrastructure and commons management. *Minnesota Law Review*, v. 89. p. 917-1030. 2004-2005.

FREIRE, André Luiz. *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. Segurança jurídica e invalidade dos contratos administrativos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2013.

FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações normativas*. Rio de Janeiro, 2015. 215f. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

FRÓES, Fernando. Infra-estrutura pública: conceitos, importância e intervenção. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). *Curso de direito administrativo econômico*. v. II. São Paulo: Malheiros, 2006.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *O ordenamento jurídico, o poder e a economia: instrumentalidade a priori e racionalidade a posteriori*. Birigui: Boreal, 2016.

GABARDO, Emerson. Boas intenções e ideias malditas. *Direito do Estado*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/boas-intencoes-e-ideias-malditas>>. Acesso em: 3 maio 2016.

\_\_\_\_\_. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e o mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson; REIS, Luciano Elias. O gerencialismo entre eficiência e corrupção: breves reflexões sobre os percalços do desenvolvimento. In: SILVEIRA, Raquel Dias da; CASTRO, Rodrigo Aguirre Pironti de. (Org.). *Estudos Dirigidos de Gestão Pública na América Latina*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. O princípio com fundamento no desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene; MARRARA, Thiago (Org.). *Direito e Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2013.

GABARDO, Emerson; RAZUK, Nahima Peron Coelho. As diretrizes da reversão e transição no caso de extinção das delegações de serviços públicos de saneamento básico. In: PICININ, Juliana; FORTINI, Cristiana (Org.). *Saneamento Básico: estudos e pareceres à luz da Lei n. 11.445/2007*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson; VALIATI, Thiago Priess; A inconstitucionalidade da instituição de contribuição previdenciária para servidores inativos. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 270, p. 243-282, set./dez. 2015.

GARCIA, Flávio Amaral. O *dispute board* e os contratos de concessão. *Direito do Estado*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/o-dispute-board-e-os-contratos-de-concessao>>. Acesso em: 10 out. 2016.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *A tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário*. Brasília, 2012. 146f. Tese (Doutorado em Economia). Departamento de Economia, Universidade de Brasília.

GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

\_\_\_\_\_. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005.

GONÇALVES, Pedro Costa; MARTINS, Licínio Lopes. Os serviços públicos econômicos e a concessão no Estado Regulador. In: MOREIRA, Vital (Org.). *Estudos de Regulação Pública*, vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *El Derecho Administrativo Privado*. Madrid, Ed. Montecorvo, 1996.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. v. 32. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GUIMARÃES, Eduardo Augusto. Regulação no setor de transporte terrestre no Brasil. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito e Economia na Regulação Setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. O *rating* do inadimplemento contratual das Administrações (por um sistema de cadastramento das Administrações inadimplentes). *Direito do Estado*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-rating-do-inadimplemento-contratual-das-administracoes-por-um-sistema-de-castramento-das-administracoes-inadimplentes>>. Acesso em: 26 out. 2016.

HACHEM, Daniel, Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HART, Herbert L. A. Pós-escrito. In: HART, Herbert L. *O conceito de Direito*. 4. ed. Trad.: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 [1994].

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). *Constitucionalismo y democracia*. Trad.: Monica Utrilla de Neira. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988].

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Infraestrutura econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025*. Série Eixos Estratégicos do Desenvolvimento Brasileiro; Infraestrutura Econômica, Social e Urbana; Livro 6. Brasília: IPEA, 2010.v.1.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LEVY, Brian; SPILLER, Pablo. Regulation, Institutions, and Commitment in Telecommunications: A Comparative Analysis of Five Country Studies, *Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics 1993*. Washington, D.C.: The World Bank, 1994.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACEDO, Ana Paola Ghizoni de; SANTOS, Gabriel Pivatto dos. Questões contratuais envolvendo a exploração da atividade portuária através da concessão de área de porto organizado e da autorização para a instalação de terminal de uso privado. *Cadernos Jurídicos - OAB Paraná*. Disponível em: <<http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2016/04/126.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2015.



MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *Direito das telecomunicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Sérgio. *Novo curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sérgio Cruz. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 73-88, jan./mar. 2011.

MAURER, Harmut. *Direito Administrativo Geral*. Trad.: L. A. Heck. São Paulo: Manole, 2006.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisdicional na ‘sociedade órfã’. Trad.: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000 [1989].

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. Segurança jurídica e confiança legítima. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEDEIROS, Rui. *A Constituição portuguesa num contexto global*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. 3. ed. vol. I. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários ao artigo 5º, inciso XXXVI. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEGAT, Fernando. *Autorizações administrativas regulatórias: a evolução do Direito Administrativo e a mutação das autorizações nos setores de infraestrutura*. Curitiba, 2014. 363f. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI: inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras brasileiras, quase 20 anos depois. *Gazeta do Povo*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/agencias-reguladoras-brasileiras-quase-20-anos-depois-c79w5h1smz4nggahm7vjp7tu4>> Acesso em: 04 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Agências reguladoras independentes: a necessidade de seu reforço institucional por meio de uma lei-quadro. *Direito do Estado*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/agencias-reguladoras-independentes-a-necessidade-de-seu-reforco-institucional-por-meio-de-uma-lei-quadro>>. Acesso em: 2 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. O contrato administrativo como instrumento de governo. In: Thiago Marrara. (Org.). *Direito Administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina Brasil, 2014.

\_\_\_\_\_. O fim das certezas. *Gazeta do Povo*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/o-fim-das-certezas-10h1avwr9qztjcfifkewr9rnf>>. Acesso em: 6 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Portos brasileiros e seus regimes jurídicos. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

\_\_\_\_\_. PPP MAIS: seis pontos-chave para dar início ao debate. *Gazeta do Povo*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/ppp-mais-seis-pontos-chave-para-dar-inicio-ao-debate-6qt61z58aek1hpm2s2d138sm8>>. Acesso em: 2 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a permissão de serviço público no direito brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, maio/jun./jul., 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-EGON-BOCKMANN.pdf>> Acesso em: 26 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Qual é o futuro do Direito da Regulação no Brasil?. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73325>>. Acesso em: 1º ago. 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, jul./set. 2011. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=74838>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A nova regulação portuária*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MORETTINI, Felipe Tadeu Ribeiro; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Análise econômica do controle judicial dos contratos de concessão e sua importância para o desenvolvimento. *Revista de Informação Legislativa*. ano 5, n. 203, jul./set. 2014.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. A estabilidade do contrato administrativo à luz da segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. *Regulação e universalização dos serviços públicos: análise crítica da regulação de energia elétrica e das telecomunicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MUNNELL, Alicia Haydock. How does public infrastructure affect regional economic performance? *Conference series – Federal Reserve Bank of Boston*, v. 34. June 1990, Disponível em: <<https://www.bostonfed.org>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

NIEBUHR, Joel de Menezes. 10 medidas de combate à insegurança jurídica e ao inadimplemento da Administração Pública em contratos administrativos. *Direito do Estado*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/10-medidas-de-combate-a-inseguranca-juridica-e-ao-inadimplemento-da-administracao-publica-em-contratos-administrativos>>. Acesso em: 27 out. 2016.

\_\_\_\_\_. O que fazer diante do inadimplemento da Administração Pública? *Direito do Estado*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/o-que-fazer-diante-do-inadimplemento-da-administracao-publica>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviços públicos e PPPs. In: CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de; PASOLD, Cesar Luiz. (Coord.). *Direito Portuário, Regulação e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

NOHARA, Irene. Aspectos gerais de concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas: contratação pública e infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (Coord.). *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

\_\_\_\_\_. Proposta de alteração da LINDB (Projeto 349/2015). *Direito Administrativo por Irene Nohara*. Disponível em: <<http://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

NUSDEO, Fábio. O direito econômico centenário: um “vol d’oiseau” sobre o passado e algumas perspectivas para o futuro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 101-132, out./dez. 2011.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 241, p. 241-271, jul./set. 2005.

\_\_\_\_\_. Parceria público-privada e direito ao desenvolvimento: uma abordagem necessária: *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 4, n. 45, p. 6023-6039, set. 2005.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 59-79, out./dez. 2015.

\_\_\_\_\_. As licitações na Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais): mais do mesmo? *Direito do Estado*. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/as-licitacoes-na-lei-133032016-lei-das-estatais-mais-do-mesmo>>. Acesso em: 24 out. 2016.

\_\_\_\_\_. *Licitações e contratos administrativos*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Regulatory impact analysis: best practices for regulatory quality and performance*. Paris, 1997.

ORWELL, George. 1984. 29. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

OTERO, Paulo. *Privatizações, reprivatizações e transferências de participações sociais no interior do sector público*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

PINHEIRO, Armando Castelar. Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual. In: PINHEIRO, Armando Castelar (Org.). *Judiciário e Economia no Brasil*. Centro Edelstein de Pesquisas Sociais: Rio de Janeiro, 2009.

\_\_\_\_\_. PIB Potencial e segurança jurídica no Brasil. In: SICSÚ, João; MIRANDA, Pedro (Org.). *Crescimento econômico: estratégias e instituições*. Rio de Janeiro: IPEA, 2009.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Cesar. O novo marco regulatório do setor portuário brasileiro. *Direito Portuário Brasileiro: Lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). São Paulo: Marcial Pons, 2015.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Artigo 20. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Desenvolvimento e crise no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1977.

PEREZ, Marcos Augusto. Artigo 28. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015.

PRADO, Mariana Mota. O setor de energia elétrica. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito e Economia na Regulação Setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.

RAIMUNDO, Lício da Costa. Características do sistema elétrico brasileiro, o marco regulatório e as principais instituições participantes do setor. In: *Infraestrutura e planejamento no Brasil: coordenação estatal da regulação e dos incentivos em prol do investimento – o caso do setor elétrico*. Brasília: IPEA, 2012.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). *Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. *A administração da Justiça para uma magistratura democrática*. Curitiba, 2015. 283f. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. O novo marco regulatório dos portos – entre grandes objetivos e inadequadas exigências. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

RIBEIRO, Leonardo Coelho; FREITAS, Rafael Vêras de. Manutenção do ambiente negocial entre o público e o privado e desenvolvimento nacional: o impacto das modulações regulatórias nos contratos da Administração e o dever de coerência administrativa. In: CÔRREA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mario Engler (Org.). *Cumprimento de contratos e razão de Estado*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Desenvolvimento e reforma institucional: os exemplos do BNDES e das sociedades estatais no Brasil. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Napolini; COUTO, Monica Bonetti (Org.). *Direito e Desenvolvimento no Brasil do Século XXI*. Brasília: IPEA, 2013.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RIBEIRO, Wladimir Antonio. Saneamento: jurisprudência errática do STJ prejudica investimentos no setor. *Migalhas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI136648,91041-Saneamento+jurisprudencia+erratica+do+STJ+prejudica+investimentos+no>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes Rocha. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, Iggor Gomes. *Eficiência na alocação de riscos em concessões públicas viabilizadoras de infraestrutura*. Curitiba, 2014. 188f. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

\_\_\_\_\_. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral*. Curitiba, 2010. 345f. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

SALGADO, Eneida Desiree; VALIATI, Thiago Priess; BERNARDELLI, Paula. O livre convencimento do juiz eleitoral *versus* a fundamentação analítica exigida pelo Novo Código de Processo Civil. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). *O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SALGADO, Lucia Helena; HOLPERIN, Michelle Moretzsonh. *Análise de Impacto: Ferramenta e Processo de Aperfeiçoamento da Regulação*. Disponível em:

<<http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Analise%20do%20Impacto%20Regulatorio%20Ferramenta%20e%20Processo%20de%20Aperfeicoamento%20da%20Regulacao.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. *Análise de Impacto Regulatório: uma abordagem exploratória. Texto Para Discussão nº 1463*. Brasília: IPEA, 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. 2. ed. vol. 2. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.

SANTIAGO, Priscila Braga. *Infraestrutura: experiência na América Latina. Textos para Discussão CEPAL-IPEA*. Brasília: CEPAL/IPEA, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 111-156, out./dez; 2005.

\_\_\_\_\_. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 19, jul./ago./set., 2009, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-19-JULHO-2009-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2016.

SCHAPIRO, Mario Gomes. Prefácio. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito e Economia na Regulação Setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SCHAUER, Frederik. *Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Traducido por: Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A., 2004.

SCHIMIDT-ASSMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. In: BARNES, Javier (Ed.). *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Sevilla: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012.

\_\_\_\_\_. *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*. Trad.: M. Bacigalupo et al. Madrid: Marcial Pons, 2003.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As parcerias público-privadas e políticas públicas de infraestrutura. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SESÍN, Domingos Juan. El juez sólo controla. No sustituye ni administra. Confines del derecho y la política. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47. p. 51-86, jan/mar 2012.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. rev. e. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

SILVA, Vasco Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, p. 177.

SILVEIRA, Marilda de Paula. Artigo 22. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra. Direito e desenvolvimento no Brasil do Século XXI: uma análise da normatização internacional e da Constituição Brasileira. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; SANCHES, Samyra Naspolini; COUTO, Monica Bonetti (Org.). *Direito e Desenvolvimento no Brasil do Século XXI*. Brasília: IPEA, 2013.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *A função regulatória*. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. *Direito Empresarial Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo Regulatório*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004.

SOUZA, Eduardo. Nova Lei dos Portos: segurança jurídica e investimentos privados. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 107-131, jan./jun. 2014.

STOBER, Rolf. *Direito Administrativo Econômico Geral*. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Do pamprinciologismo à concepção hipossuficiente de princípios: dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 49, n. 194, p. 7-21, abr./jun. 2012.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.



\_\_\_\_\_. Uma tese política à procura de uma teoria do Direito: precedentes III. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-06/senso-incomum-tese-politica-procura-teoria-direito-precedentes-iii>>. Acesso em: 14 out. 2016.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 15 out. 2016.

STUCHI, Carolina Gabas. Regulação e desregulação diante dos princípios da administração pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Transição da exploração precária para o regime de concessões: o caso do transporte coletivo de passageiros. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, maio/jun./jul., 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Segurança jurídica e eficiência na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; MOREIRA, Egon Bockmann. PPP MAIS: um caminho para práticas avançadas nas parcerias estatais com a iniciativa privada. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, p. 9-49, jan./mar. 2016.

URYN, André. Os limites de alteração do contrato de obra pública e o atual entendimento do Tribunal de Contas da União. In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Teoria do Estado Regulador*. Curitiba: Juruá, 2015.

VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, p. 441-459, 2008.

VILLAR EZCURRA, José Luis. Las infraestructuras públicas: viejos y nuevos planteamientos. In: ARIÑO & ALMOGUERA ABOGADOS (Ed.). *Nuevo derecho de las infraestructuras*. Madrid: Montecorvo, 2001.

WILLIANS, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism*. Sussex: Harvester Press, 1986.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf; *Direito Administrativo*, vol. I. Trad.: A. F. Souza. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.